دكتـور

عبد الله مبروك النجار

أستاذ القانون المدنى بجامعة الأزهر

والمحامى بالنقض

مبادئ عقد البيع

الطبعة الثانية

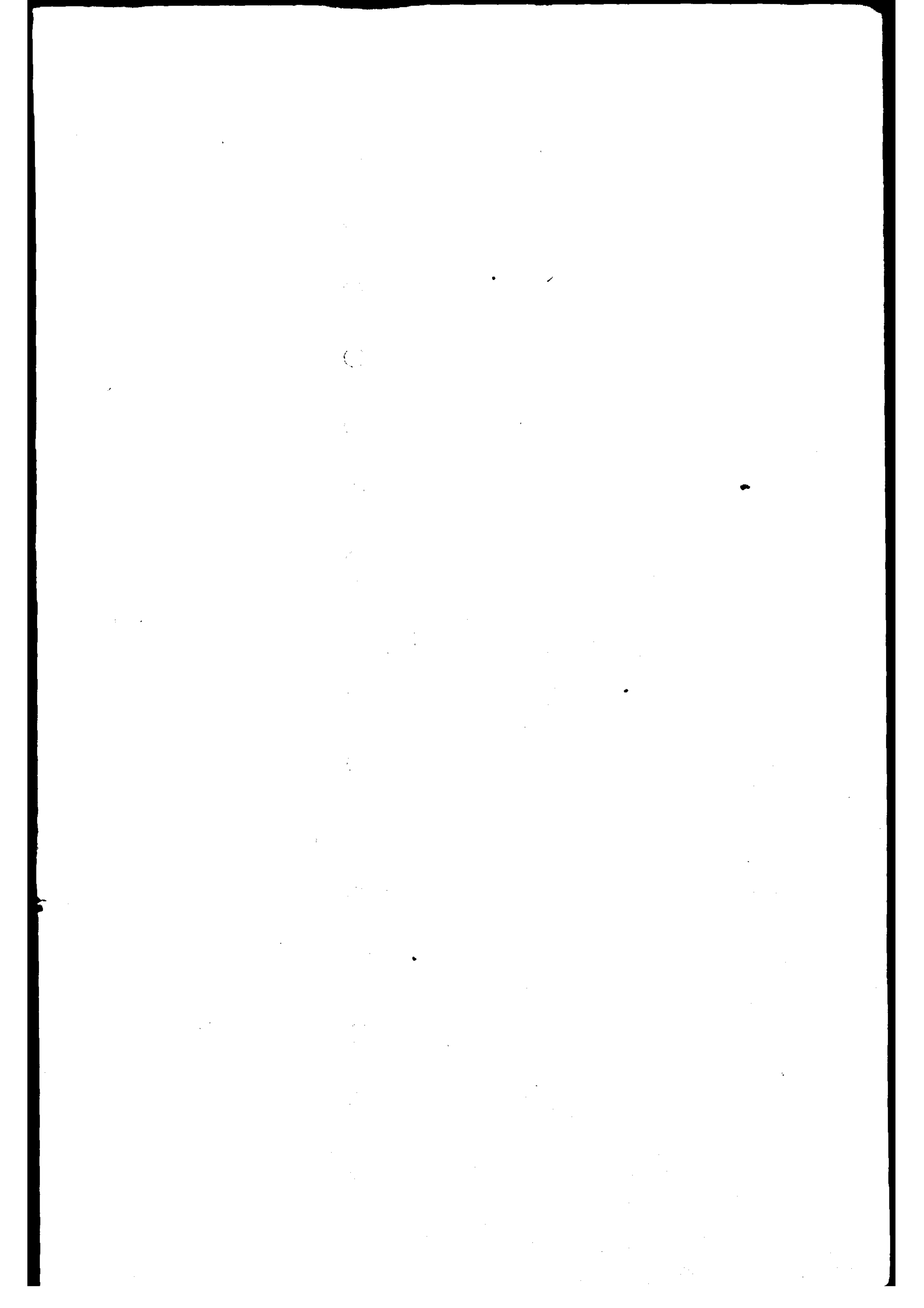
١٤١٧هـ - ١٩٩٧م

الناشر

دار النهضة العربية

٣٢ شارع عبد الخالق ثروت بالقاهرة

بسم الله الرحمن الرحيم



مُقدِّمة

أحمد الله تبارك وتعالى، وأصلى وأسلم على، خير خلقه وأشرف رسله، سيدنا محمد بن عبد الله المبعوث رحمه للعالمين، صلى الله عليه، وعلى آله وأصحابه، ومن سار على منوال شريعته إلى يوم الدين.

وبعـــد

فإن أهمية عقد البيع لا تخفى على أحد، وقد ظهرت آثار تلك الأهمية فى نظر المشرع من خلال اهتمامه بالأحكام المتعلقه بعقد البيع فعالجها بنصوص اختصه بها وجعلها مثلا يحتذى فى بقية العقود الأخرى، وقد بلغ من اهتمام المشرع بهذا العقد أن تطرق الى أدق تفصيلاته، وخاصة ما يتعلق بأركانه وآثاره بالنسبة للبائع وما يجب عليه الالتزام به تجاه المشترى بخصوص نقل ملكية المبيع، وضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية؛ بما يكاد يشكل نظرية خاصة بالضمان فى عقد البيع، وذلك فضلا عما يشكله هذا العقد من أهمية فى التطبيق العملى للنظرية العامة للألتزام.

وهذه الأهمية التى اختص بها عقد البيع من قبل المشرع الوضعى تكاد تتفق فى مجملها مع ما أولته الشريعة الإسلامية الغراء لهذا العقد، حيث اعتبره فقهاء تلك الشريعة النموذج الأكمل

الذى تقوم عليه الأحكام المتعلقة بالالتزام على وجه العموم، حتى إنهم ليطلقون على جميع العقود التى يكون محلها مالا: اسم البيع بمعناه العام، وهو مبادلة المال بالمال مطلقا، وإن كان التعريف الاصطلاحى للبيع عندهم يحدده بالمعنى المراد به، والذى لا يبتعد كثيراً عن تعريف القانون الوضعى، اللهم فيما يتعلق باتساع نطاق الثمن فى عقد البيع فى الشريعة الإسلامية، ليشمل النقود والأعيان جميعها، وليدخل فى مفهومه: المقايضة فى فقه القانون، ويزيد عليها عقد السلم، وعقد الصرف.

وعلى العمرم فإن الأحكام المقررة لعقد البيع فى القانون الوضعى، لا تبتعد كثيراً عن الأحكام المقررة له فى مذاهب الفقه الإسلامى المختلفة وخاصة فيما يتعلق بالأركان والآثار، ولم نلحظ خلافاً فى هذا المجال، عدا ما يتعلق بتقرير بعض الفوائد الربوية على البائع للمشترى فى بعض حالات ضمان استحقاق المبيع، وفى موضعها من تلك الدراسة، لَم أتردد فى بيان مدى مخالفة تلك الفوائد لأحكام الشريعة الإسلامية على أساس أنها تدخل فى مفهوم الربا المحرم شرعاً، وذلك على نحو ما سيراه القارىء، وما هو موجود بين دفتى هذا الكتاب يعد تسجيلاً منظماً للمحاضرات التى القيت على طلاب السنة الرابعة بكلية الشريعة والقانون فى مادة "العقود المدنية"، وهو فى نظرى كاف لإعطاء الطالب فكرة متكاملة عن هذا العقد، ولهذا آثرت ان أسمية: "مبادىء عقد البيع"، إذ أن

محتواه لا يعدو أن يكون بداية المبتدى فى مجال موضوعه، أما من يريد التعمق فى دراسة هذا العقد، فعليه بما هو مشار إليه فى حاشيته من مراجع لأستاذنتنا الأجلاء الذين تيسر لنا الاستفادة من علمهم فى هذا الموضوع، وبما هو موجود فى المكتبة القانونية والفقهية وهو كثير.

أدعو الله تبارك وتعالى أن ينفع بهذا العمل، وأن يوفقنا جميعا لما يحب ويرضى، هذا وبالله التوفيق ؛ ؛

دكتور

أول يناير سنة ١٩٩٧ **عبد الله مبروك النجار**

أستاذ القانون المدنى بجامعة الأزهر

عقد البيع

تمهيد

لايخفى على أحد مدى اهمية عقد البيع، حيث يعد من أكثر العقود شيوعاً وانتشاراً لأنه من أهم الوسائل لتبادل رءوس الأموال والقيم بين الناس، كما أنه وسيلة رئيسية لحصول الإنسان على ما يحتاج إليه من أمور حياته وما يتصل بذلك من مأكل ومشرب وملبس ومسكن ومركوب وغير ذلك، هذا فضلاً عن كونه وسيلة لتصريف ما يحتاج إليه الإنسان، كما يعد فى ذاته مهنة لقطاع عريض فى المجتمع ممن يحترفون البيع والشراء.

وعقد شأنه كذلك، حرى بأن يستنهض فى المشرع أقصى درجات الاهتمام به، لتنظيم أحكامه وعلاج ما ينشأ بشأنه من منازعات أمام القضاء، ولهذا فقد ورد عقد البيع ضمن مجموعة العقود المسماة فى القانون المدنى.

البيع أحد العقود المسماة:

عقد البيع هو أحد العقود المسماة، بل هو أحد العقود المسماة الواردة على الملكية، ومن نافلة القول: أن العقود تنقسم إلى عقود مسماة وعقود غير مسماة، والعقود المسماة هى التى حظيت بتنظيم المشرع لها، وبيان القواعد الخاصة بها لأهميتها العملية ولكثرة

تداولها فى الحياة العملية حتى عرفت بأسمائها الخاصة[1]. وذلك كالبيع والايجار والشركة والوكالة والتأمين والعمل والمقاولة.

أما العقود غير المسماة: فهى تلك التى لم يرد لها تنظيم خاص فى القانون، وهذه العقود لم تحظ بالحصر الدقيق من الفقه وإنما اكتفى بمجرد التمثيل لها، ومن أمثلتها عقد النشر، وعقد النزول فى فندق، وعقد العلاج مع مستشفى أو طبيب.

وهناك شبه إجماع فى الفقه على أن العقود غير المسماة لا تقبل الحصر وإنما الذى يحكمها ما يتراءى للمتعاقدين فى التعامل[2]، وذلك وفقا لأحكام القواعد العامة فى نظرية العقد المنصوص عليها فى المواد ٨٩-١٦١ مدنى؛ وإذا لم يوجد نص

---

(١) السنهورى - الوسيط - جـ٤ - عقد البيع - ص٥ ومابعدها - طبعة ١٩٨٦م، د.محمد السعيد رشدى - أحكام عقد البيع ١٩٩٢م - ص٦، د. منصور مصطفى منصور - مذكرات فى العقود المسماة ١٩٥٨ - ص٢٢١، د. عبد الرازق حسن فرج - عقد البيع - ص٥ الطبعة الأولى، د. سمير السيد تناغو - عقد البيع - ص٥، د. عبد المنعم البدراوى - الوجيز فى عقد البيع - طبعة ١٩٧٠ - فقرة ٣٠٢، د. محمد على عمران- الوجيز فى عقد البيع - طبعة ١٩٧٠ - فقرة (١)، د. خميس خضر - العقود المدنية- الكثيرة - ص٨، د. جميل الشرقاوى - العقود المدنية - البيع والمقايضة ١٩٩١م - ص٣، د. عبد الودود يحيى - دروس فى العقود المسماة - البيع والتأمين - ص٣ وما بعدها، دار النهضة العربية ١٩٧٨م، د. جمال زكى - قانون عقد البيع فى القانون المدنى الكويت ١٩٧٥ ص٥ هامش (١).

(٢) د. سمير تناغو - السابق - ص٦ هامش(٢)، ومن أمثلتها أيضاً العقد الذى يبرم بين مدير مسرح وأحد الممثلين، والعقد الذى يبرم بين مستشفى واحدى كليات الطب بوضع عدد معين من الأسرة تحت تصرفها للدروس والأبحاث الطبية، راجع: د. عبد الرازق حسن فرج السابق - ص٥.

فـى هـذه المـواد يمكـن تطبيقـه، فإنـه يمكـن الرجـوع إلـى مصــادر التشريع الأخرى، كالعرف ومبادىء الشريعة الإسـلامية، ومبـادىء العدالة والقانون الطبيعي.

ويلاحظ أن قائمة العقود المسماة تختلف من دولة إلـى أخـرى، كما أنها تزيد أو تنقص مع تغير الزمن فـى الدولـة الواحـدة بحسـب الزيادة أو النقص فـى أهميـة تلـك العقـود فـى مجـال التعـامل، ممـا يجعلها محل اهتمام المشـرع، فمثـلاً كـان القـانون المدنـى القديـم لا يورد عقد التأمين ضمن طائفة العقود المسماة، وفى القانون المدنـى الجديد تغير الأمر وأصبح عقد التأمين ضمن العقود المسماة فيه.

ومن ناحية أخرى فإن القانون المدنــى الجديد لا يضـع تنظيمـا خاصاً لعقود زادت أهميتها فـى الوقـت الحـاضر، مثـل عقـد النشـر وعقد النزول فى فندق، مـع أن هذيـن العقديـن يعتـبران مـن ضمـن طائفة العقود المسماة فى بعض الدول، وهما على درجة كبـيرة مـن الأهميـة ترقـى بهمـا لتنظيـم المشـرع المصـرى لهمـا فـى يـوم مــن الأيام[1].

والعقود المسماة الواردة فى المجموعة المدنية اثنان وعشـرون عقداً، صنفها القانون المدنى فى خمس مجموعات:

---

(1) د. عبد الرزاق السنهورى – السابق – ص٥، د. سليمان مرقـس – عقـد البيـع –ص ٢ طبعة ١٩٦٨م، د. إسماعيل غانم – الوجيز فى عقد البيع –ص ٤ طبعة ١٩٦٣.

الأول: العقود التى تقع على الملكية، وهى البيع والمقايضة والهبة والشركة والقرض والصلح.

الثانية: العقود الواردة على الانتفاع بالشيىء، وهى الايجار والعارية.

الثالثة: العقود التى تقع على العمل، وهى المقاولة، والتزام المرافق العامة، وعقد العمل، والوكالة والوديعة والحراسة.

الرابعة: عقود الغرر، أى العقود الاحتمالية، وهى المقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة، وعقد التأمين.

ويلاحظ أنه بالنسبة للعقدين الأولين وهما المقامرة والرهان فإن المشرع قد نظم بطلانهما، لأنه قد نص على بطلانهما[1]، أما العقدان الآخران وهما المرتب مدى الحياة وعقد التأمين فقد نظم المشرع أحكامهما عامة لأنهما غير مخالفين للنظام العام من وجهة نظره.

الخامسة: عقود التأمينات الشخصية كالكفالة، وعقود التأمينات العينية كعقدى الرهن الرسمى والحيازى، وقد عولج هذان العقدان فى باب الحقوق العينية التبعية لا فى باب العقود،

---

(1) وقد ورد فى المذكرة الأيضاحية بمجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى الجديد: حرم المشروع المقامرة تحريما أبعد من تحريم التقنين الفرنسى فكل اتفاق على مقامرة أو رهان يكون باطلا، ويستطيع من خسر أن يسترد ما دفعه، وله أن يثبت الدفع بجميع الطرق، راجع: مجموعة الأعمال التحضيرية – جـ٥ – ص٣٠٠.

لأنهما يرتبطان ارتباطا وثيقاً بالحق العينى الناشيء عنهما. فعقد الرهن، حق شخصى لأنه رابطة بين دائن ومدين، ولكنه ينشأ عنه حق عينى تبعى يعطى الدائن سلطة تتبع الشيىء المرهون كما يعطى أفضلية لهذا الدائن على سائر الدائنين العاديين، أو الدائنين المرتهنين المتأخرين عنه فى المرتبة على النحو الوارد فى القانون.

عقد البيع فى الشريعة والقانون:

ولئن كان البيع مشروعاً ومنصوصاً عليه ضمن طائفة العقود المسماة فى القانون، فهو مشروع أيضاً فى التشريع الإسلامى، حيث دل على مشروعية كتاب الله تعالى وسنّة نبيه ﷺ، وإجماع علماء المسلمين.

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿**وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا**﴾[1].

حيث لا يخفى على من يقرأ تلك الآية الكريمة أنها تحل البيع أى تجعله مشروعاً، وقال تعالى: ﴿**يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ**﴾[2]. ومن المؤكد أن البيع ينطوى على نوع من التراضى فى أكل المال مما يجعله مشروعاً.

---

(١) سورة البقرة – آية رقم (٢٧٥).

(٢) سورة النساء – آية رقم (٢٩).

ومن سنّة النبى ﷺ: ما روى عن أبى سعيد عن النبى ﷺ قال: «التاجر الصدوق الأمين مع النبيين والصديقين والشهداء»، وما روى عن رافع رضى الله عنه أن النبى ﷺ سئل عن أطيب الكسب فقال: «عمل الرجل بيده، وكل بيع مبرور»[1]، والتاجر هو الذى يمارس البيع والشراء، ومدحه في الحديث على هذا النحو بدل على مشروعية البيع الذى يمارسه تصدق وأمانة.

وقد أجمع المسلمون على جواز البيع فى الجملة.

وقد عنى القانون بتنظيم أحكام البيع فى الفصل الأول من الباب الأول الخاص بالعقود التى ترد على الملكية فى المواد من ٤١٨ إلى ٤٨٠، وتناول أحكامه بالتنظيم فى فرعين جعل أولهما: للبيع بوجه عام، وخصص ثانيهما: لبعض أنواع البيوع.

---

(١) سبل السلام – جـ٣ ص٤ – والحديث رواه البزار وصححه الحاكم.

خطة البحث:

وسوف نقوم بدراسة العقد من خلال الأبواب الآتية:

باب تمهيدى: للتعريف بـالبيع وتمييزه عما يختلط بـه مـن العقود الأخرى.

الباب الأول: أركان عقد البيع.

الباب الثانى: آثار عقد البيع.

الباب التمهيدى

تعريف البيع وتمييزه عما يختلط به من العقود الأخرى

الفصل الأول

التعريف بالبيع وبيان خصائصه

المبحث الأول

تعريف عقد البيع

ورد تعريف عقد البيع فى المادة (٤١٨) من التقنين المدنى المصرى، حيث تقول: "البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشترى ملكية شيىء أو حقا مالياً آخر مقابل ثمن نقدى".

وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للتقنين المدنى: أن هذا التعريف يمتاز عن تعريف القانون المدنى القديم بأمرين، **أولهما:** أنه لا يقصر البيع على نقل الملكية وإنما يتعدى ذلك إلى أى حق مالى آخر، كحق انتفاع أو حق ارتفاق مثلا، وقد يقع على حقوق شخصية كما فى حوالة الحق، ويبين، **ثانياً:** أن الثمن لا بد وأن يكون من النقود وهذا وصف جوهرى فى الثمن يحسن أن يذكر فى التعريف، لأنه هو الذى يميز بين البيع والمقايضة، وهذا على خلاف ما هو مقرر في الشريعة الإسلامية، ففيها أن البيع مبادلة مال بمال، فيشمل غير البيع المقايضة والصرف[1]، والسلم.

([1]) مجموعة الأعمال التحضيرية – جـ٤ ص١٥، د. سمير تناغو السابق ص١٩٠.

ويتضح من هذا التعريف أن البيع من العقود الرضائية لأن المشرع لم يشترط لانعقاده أى شكل خاص، كما أنه عقد ملزم للجانبين، حيث يلتزم البائع بنقل ملكية شيىء أو حق مالى آخر بينما يلتزم المشترى بدفع الثمن، وهو بالإضافة إلى ذلك من عقود المعاوضة، فكل واحد من طرفيه يتلقى عوضاً عما يبذله[1].

كما يكشف ذلك التعريف عن قصد المشرع فى تلافى ما وجه من نقد إلى تعريف القانون المدنى القديم للبيع حيث كان ينص فى المادة (٢٣٥)، على أنه: "عقد يلتزم به أحد المتعاقدين نقل ملكية شيىء للآخر فى مقابل التزام ذلك الآخر بدفع ثمنه المتفق عليه"، وقد أخذ الفقه عليه أنه يقصر محل البيع على ملكية الأشياء فقط فى حين أنه لا مانع من ورود البيع على أى حق مالى آخر غير ملكية الأشياء، كحق الانتفاع أو حق الارتفاق أو حقوق الدائنين أو حق الملكية الأدبية، وقد تلافى تعريف البيع فى القانون، ماوجه إلى هذا التعريف من نقد، وجاء تعريفه للبيع بما يجعل هذه الأشياء داخلة ضمن محله[2].

---

(١) د. سمير تناغو – السابق – ص١٦ ومابعدها، د. سليمان مرقس – الوافى فى شرح القانون المدنى – جـ٣ ص١٨، د. محمد على عمران – السابق – ٧.

(٢) د. سليمان مرقس – السابق – ص١٧، د. عبد الرازق حسن فرج – السابق – ص١١. وجدير بالذكر أن البيع فى الفقه الإسلامى يعرف لغة بأنه: مبادلة مال بمال مطلقاً، واصطلاحاً: هو مبادلة مال بمال تمليكا وتملكا، راجع: فتح القدير: جـ٥ ص٧٣، وشرح الخرشى: جـ٥ ص٢٣ ومابعدها. والمجموع شرح المهذب جـ٩ ص٤٨ =

ما يؤخذ على هذا التعريف:

وقد أخذ جانب من الفقه على هذا التعريف أنه لا يكاد ينبىء عن أهم أثر يترتب على البيع فى القانون الحديث وهو انتقال الملكية بمجرد العقد، مع أن التقنين المدنى الملغى قد نص على ذلك صراحة فى المادتين ٩١/١٤٥، ٩٢/١٤٦، وذلك وفقا لما تنص عليه المادة ٢٠٤ من التقنين المدنى الحالى، حيث تقضى بأن الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عينى آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق، إذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل"، ويرى هذا الجانب من الفقه أن التعريف وإن كان قد أغفل هذه المادة إلا أنه رغم ذلك يتضمن نقل الملكية أو الحق العينى فعلا ولا يقتصر دروه على إنشاء التزام بنقل الملكية[1].

ويضيف بعض الفقهاء أن انتقال الملكية ليس أثراً للبيع، بل هو أثر للالتزام بنقل الملكية الذى ينشئه البيع[2].

=ومابعدها، والمغنى لابن قدامه مع الشرح – جـ٤ ص٢، وقد عرفت البيع المادة (٣٤٣) من مرشد الحيران بقولها: "تمليك البائع مالا للمشترى بمال يكون ثمنا للمبيع".

(١) د. سليمان مرقس – السابق – ص١٧، د. عبد الفتاح عبد الباقى – عقد البيع – فقرة ١٢ القاهرة ١٩٥٦.

(٢) د. السنهورى – الوسيط – السابق – ص٢٩، فى الهامش وما بعدها. د. عبد الرازق حسن فرج – السابق – ص١٢، د. منصور مصطفى منصور – العقود المسماة – البيع والمقايضة والايجار – ص١٥ – طبعة ١٩٥٧م. د. جميل الشرقاوى – شرح العقود=

كما أخذ بعض الفقهاء على هذا التعريف عيبا آخر حاصله: أنه يعرف العقد بآثاره والتعريف بالأثر يعتبر معيبا من الناحية المنطقية، إذ يقضى المنطق بأن يكون تعريف العقد ببيان ماهيته المتمثلة فى أركانه، وعناصره المكونة له، لا فى آثاره، ولأن جوهر العقد ليس هو الأثر، وإنما هو – إذا أردنا الدقة فى التعريف– يتمثل في التراضى(1).

وفى رأينا أن التعريف بالأثر وإن كان معيبا من الناحية المنطقية، إلا أنه من الناحية العملية والواقعية غير معيب، فالالتزام بنقل الملكية والالتزام بدفع الثمن اللذان يمثلان جوهر الآثار الناشئة عن عقد البيع، لا يتصور وجودهما دون إرادة تعطيهما شهادة الميلاد، ولولا الإرادة الموجودة فعلا لما كان لتلك الآثار أى أثر.

وقد عبر المشرع عن هذا المعنى بقوله فى المادة (٤١٨): "يلتزم به البائع"، وهو ما يفصح عن اتجاه إرادته نحو هذا الالتزام، ومن ثم فإنه يكون تعريفا صحيحاً.

وغنى عن البيان أن عقد البيع فى الشريعة الإسلامية يترتب عليه نقل ملكية المبيع بذاته، لأن نقل الملكية يعتبر من أحكام هذا

=المدنية – البيع والمقايضة والايجار ١٩٩١ – ص١٩، حيث يرى أن مهمة العقد فى جميع الأحوال هى انشاء الالتزامات ولا يمكن أن يكون غير ذلك.

(1) د. إسماعيل غانم – الوجيز فى عقد البيع – ص١٧ – طبعة ١٩٦٣م. د. عبد الرازق حسن فرج – السابق – ص١٢ ومابعدها وراجع: فى هذا المعنى: د. عبد المنعم البدراوى – عقد البيع – ص٣٦ – طبعة ١٩٦١.

العقد، حيث يعتبر هذا الحكم من قبيل ترتيب المسبب على السبب، وإذا كان العقد سببا لنقل الملك، فإن الملك يعتبر مسبباً عنه.

وقد أشار المرحوم الدكتور السنهورى إلى هذه الميزة فى التشريع الإسلامى، فقال بعد أن أشار إلى التطور الذى لحق بعقد البيع من ناحية نقله للملكية، حيث بدأ فى القانون الرومانى التزاما ينقل الحيازة إلى المشترى إلا إذا اشترط المشترى على البائع أن ينقل له الملكية، وكانت الملكية فى القانون الفرنسى القديم لا تنتقل إلا بالقبض إلى أن انتهت بما انتهى إليه القانون المدنى، فقال -رحمه الله-: وجدير بالذكر أن الفقه الإسلامى قد تعجل هذا التطور، وجعل البيع ناقلا للملكية قبل ذلك بدهور طويلة[1]، وبمقتضاه يصبح المشترى للعقار أو للمنقول مالكا للمبيع بمجرد العقد[2].

---

(1) د. السنهورى – السابق – ص٣٠.

(2) راجع فى هذاك الكاسانى: بدائع الصنائع – جـ٥ ص٢٤٣، وبداية المجتهد لابن رشد – جـ٢ ص١٣٥، وان كان الشافعية والحنابلة لا يجيزون للمشترى التصرف فى المبيع قبل قبضه وذلك تأسيسا على أن انتقال ملك المبيع لا يتم ولا يتأكد إلا بالقبض، ولأن البيع قبل القبض يكون على ضمان البائع ولا يجوز للمشترى أن يبيع ما ليس فى ضمانته، ومنها أن البيع قبل القبض لا يكون مقدورا على تسليمه.

راجع: الأم للشافعى – جـ٣ ص٦٠، وفتاوى ابن تيمية جـ٤ ص٧٤ وما بعدها.

المبحث الثانى

خصائص عقد البيع

ومن خلال تعريف المادة (٤١٨) مدنى للبيع، يتضح أن له خصائص منها: أنه عقد رضائى، ملزم للجانبين، كما أنه من عقود المعاوضات، وهو عقد ناقل للملكية، ونوضح هذه الخصائص بالتفصيل المناسب على النحو التالى:

أولاً: عقد البيع عقد رضائى:

ومعنى ان عقد البيع عقد رضائى يتم بمجرد اتفاق الطرفين ولا يحتاج انعقاده إلى أى اجراء شكلى، أنه يستوى فى انعقاده أن يكون قد تم كتابة أو مشافهة أو إشارة[١] أو باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا فى دلالته على المقصود، وكما يكون انعقاده صريحا فإنه يجوز أن يكون ضمنيا مادة (٩٠) مدنى، وإذا كان عقد البيع كذلك، فإنه لا يحتاج فى انعقاده إلى شكل معين كما أنه ليس عقداً عينياً، فهو ينعقد دون حاجة إلى تسليم الشيىء المبيع أو دفع الثمن، فكل ما يشترطه القانون فيما يتعلق بالشكل إذا صح هذا التعبير أنه يجب اثباته كتابة إذا زادت قيمة الالتزام عما حدده قانون الاثبات للاثبات بالكتابة. مادة (٦٠) من قانون الاثبات[٢].

---

(١) د. سليمان مرقس – السابق – ص ١٨.

(٢) د. عبد الرازق حسن فرج – السابق – ص١٣، د. محمد على عمران – السابق – ص٨ ومابعدها، د. جميل الشرقاوى – السابق – ص٢٠، د. عبد الودود يحيى – السابق–=

ويظل عقد البيع رضائيا ولو كان ساترا لوصية، فلو أن الوصية كانت مستورة فى عقد بيع، فلا محل للنص على العقد، بأنه لم يستوف الأركان الشكلية للوصية، إذ العبرة بشكل العقد الساتر لا المستور، كما أن الرضائية ليست من النظام العام فيجوز الاتفاق على خلافها(١).

مايستثنى من الرضائية فى عقد البيع:

ولئن كان الأصل فى عقد البيع أنه عقد رضائى، إلا أن هذا المبدأ يرد عليه بعض الاستثناءات، وهذه الاستثناءات تتمثل فيما يلى:

(أ) بيع السفن البحرية:

وعله استثناء بيع السفن البحرية من مبدأ الرضائية، حيث اعتبر المشرع بيعها عقداً شكلياً، أن المادة (٣) من قانون التجارة البحرى تنص على أن: بيع السفينة كلها أو بعضها اختياريا يلزم أن يكون بسند رسمى سواء حصل قبل السفر أو فى أثنائه، وإلا كان البيع لاغيا".

=ص١١ وراجع: د. محمد السعيد رشدى – السابق – ص١٢ ومابعدها. حيث يوصل خصائص عقد البيع فى أنه ناقل للملكية، وأنه عقد معاوضة يتم مقابل ثمن نقدى.

(١) د. سليمان مرقس – السابق – ص٢١.

(٢) إذا كان الثمن على هيئة مرتب يدفعه المشترى للبائع مدى الحياة:

وفى هذه الحالة نصت المادة (٧٤٣) من التقنين المدنى المصرى، الحالى على أن البيع لا يكون صحيحاً إلا إذا كان مكتوباً.

(٣) التصرف الوارد على حق المؤلف:

وقد نصت المادة (٢/٣٧) من القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٤٥، على أن كل تصرف يرد على حق المؤلف فى استغلال مصنفه لا ينعقد إلا بالكتابة، ومن ثم فإن التصرف فى المصنف إذا كان بيعا، فإنه يكون عقداً شكلياً بنص القانون[١].

(٤) ورود البيع على عقار:

ومما يعد استثناء من مبدأ الرضائية فى عقد البيع ورود العقد على عقار بعد صدور قانون التسجيل فى سنة ١٩٢٣، والذى ألغى بصدور قانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦م الصادر فى ١٩٤٦/٨/١١، والذى عمل به اعتباراً من أول يناير سنة ١٩٤٧م، حيث نص هذا القانون فى المادة (١٣) منه، على وجوب شهر التصرفات الناقلة للملكية بين الأحياء.

---

(١) د. السنهورى – الوسيط – جـ٤ ص٥١ هامش(١)، د. عبد الرازق حسن فرج – ص١٤، د. محمد على عمران – ص٩.

وقد أثار هذا النص خلافا فى الفقه حول مدى رضائية عقد البيع الوارد على العقار رغم ما ينص عليه هذا القانون، فذهب رأى فى الفقه إلى أن عقد البيع أصبح بمقتضاه عقداً شكلياً لا يتم إلا بالكتابة، وأن التسجيل أصبح لازما لنقل الملكية سواء بالنسبة للمتعاقدين أو بالنسبة للغير(1).

والرأى الراجح فى الفقه: أن عقد البيع يعتبر عقداً رضائيا ولو كان واردا على عقار، ذلك أن تحتيم تسجيله وفقا لقانون الشهر العقارى يقتضى تدوينه فى محرر، لأن التسجيل لا يرد على العمل القانونى فى ذاته، بل على المحرر، المثبت له، ولئن كان العقد البيع قد شابه أنه أصبح بعد صدور قانون التسجيل عقداً شكلياً، فإن ذلك الفهم ما لبث أن تبدد، وانعقد اجماع الفقه على أن ذلك القانون لم يغير من طبيعة البيع الرضائية، وأنه إنما اشترط التسجيل لنقل الملكية فحسب، وصار مسلماً أن بيع العقار ينعقد كبيع المنقول بمجرد التراضى، ولا تعتبر الكتابة إلا أداة لإثبات العقد تجعله صالحا للتسجيل، فإذا لم يدون بيع العقار فى محرر جاز إثباته عن طريق الإقرار أو اليمين أو غيرهما، وفقا لقواعد الاثبات، وقام الحكم المثبت له مقام المحرر الذى يصدر من الطرفين من حيث التسجيل(2).

---

(1) د. عبد الرازق حسن فرج – السابق – ص١٤، والمراجع المشار إليها فى الهامش.

(2) د. سليمان مرقس – السابق – ص٢٠ والوسيط للسنهورى جـ٤ – فقرة ٢٧٢ – ص٦٠، د. عبد الرازق حسن فرج – لسابق – ص١٥، وقد قضت محكمة النقض بأن قانون التسجيل الصادر فى ٢٦ يونية سنة ١٩٢٣ لم يغير من طبيعة عقد البيع. من=

والشريعة الإسلامية تعتبر عقد البيع عقداً رضائياً، يتم بالتراضى بين طرفيه دون حاجة إلى شكلية يصب فيها، عملا بقوله تعالى: ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾[1] ولقول النبى ﷺ فيما جاء عنه فى خطبة الوداع عن عمرو بن يثربى: «لا يحل لأمرىء من مال أخيه إلا ما طابت به نفسه[2]».

وواضح من الآية الكريمة، والحديث الشريف، أن الرضا وطيب نفس باذل المال من شروط صحة أكله وتملكه ولم يؤثر غير التراضى شرطاً للانعقاد فى التشريع الإسلامى فيكون الحكم فيه على منواله.

=حيث هو عقد من عقود التراضى، التى تتم وتنتج آثارها بمجرد توافق الطرفين، وإنما هو فقط قد عدل من آثاره بالنسبة للعاقدين وغيرهم، فجعل نقل الملكية غير مترتب على مجرد العقد، بل أرجأه إلى حين حصول التسجيل، نقض مدنى فى ١٩٣٣/١/٥ مجموعة عمر ١٠-١-٩٠١-١١٣. ومحكمة استئناف مختلط فى ١٩٣٩/٥/٩م-م٥١-ص٣١٠، نقض مدنى فى ١٩٣٢/١/١٧، مجموعة عمر ١-٧٣-١٤٣. وراجع: د. محمد على عمران - السابق - ص٢٤، د. محمد كامل مرسى - السابق - ص١٧، د. عبد المنعم البدراوى - السابق ص٤٤.

(١) سورة النساء الآية رقم (٢٩).

(٢) نيل الأوطار للشوكانى - جـ٨ - ص١٧٢.

ثانياً: عقد البيع من أعمال التصرف:

ولئن كان عقد البيع من العقود الرضائية التي تستلزم الرضا به، فإن الرضا لا يمكن صدوره إلا من شخص له أهلية التصرف سواء كان بائعاً أو مشترياً.

ثالثاً: البيع عقد ملزم للجانبين:

كما أن عقد البيع من العقود الملزمة للجانبين البائع والمشترى بمعنى أنه يرتب التزامات متبادلة فى ذمة كل واحد منهما فالبائع يلتزم بنقل الملكية والتسليم والضمان، والمشترى يلتزم بدفع الثمن[1].

ويترتب على ذلك أن يكون لكل من طرفي العقد أن يمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم الطرف الآخر بالتنفيذ، أو بعرض الوفاء وفقا لما تقضي به المادة (١/٢٤٦) مدني، كما أن لكل من طرفيه أن يطلب الفسخ عند عدم التنفيذ (م١٥٧) مدني.

رابعاً: عقد البيع عقد معاوضة:

ومن خصائص عقد البيع أنه عقد معاوضة يتم مقابل ثمن نقدى فيلزم الاتفاق على مقابل هو ثمن المبيع وأن يكون هذا المقابل من النقود، كما أن المشترى ينقل ملكية المبيع فى مقابل هذا

---

(١) د. سليمان مرقس – السابق – ص٢٧ وما بعدها، د. عبد الرزاق حسن فرج – السابق – ص١٦.

الثمن النقدى الذى ارتضاه، فلو عدم الثمن يكون العقد عقد هبة، وتتحقق الصورة العملية لانعدام الثمن، إما بتحديد ثمن للمبيع دون أن يلتزم المشترى بأدائه فعلاً، وذلك بأن يعفى من ذلك باتفاق مستتر بين المتعاقدين وذلك مايعرف بالثمن الصورى، وإما بتقدير ثمن للمبيع يبلغ من عدم التناسب مع قيمة المبيع حداً يجعله فى حكم المعدوم، فلو كان كذلك لكان عقد هبة لا عقد بيع، ومن ثم يجب أن تسرى عليه الأحكام الموضوعية للهبة[1]، ومنها ما تقضى به المادة (١/٤٨٨) مدنى بقولها: "تكون الهبة بورقة رسمية وإلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر.

خامساً: عقد البيع ناقل للملكية:

ومن خصائص عقد البيع أنه ناقل للملكية سواء كانت الملكية واردة على شيىء معين أو أى حق مالى آخر، وذلك وفقا لما نصت عليه المادة (٤١٨) مدنى بقولها: "البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشترى ملكية شيىء أو حقاً مالياً آخر.. إلخ".

ومن ثم فإن البيع ينقل الملكية بذاته، وفور نشوئه إذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم مادة (٢٠٤) مدنى، وقد نصت المادة (٩٣٢) مدنى، على أن الملكية وغيرها من الحقوق العينية فى المنقول تنتقل بالعقد متى ورد على محل مملوك للمتصرف، وفقا لما تقتضى به المادة (٢٠٤) مدنى.

---

(١) د. خميس خضر – السابق – ص١٦.

ومع ذلك، فإن هناك حالات يتأخر فيها نقل الملكية حتى يتم اجراء آخر، كما فى بيع المنقول المعين بالنوع، فإن نقل ملكيته يتراخى إلى وقت الإفراز، كذلك فإن بيع العقار وإن كانت الملكية فيه تتراخى إلى ما بعد التسجيل، إلا أن البائع يلتزم بمقتضى العقد أن يقوم بكل ما يلزم لتمكين المشترى من إجراء التسجيل[1].

سادساً: الخصائص الأخرى لعقد البيع:

وبجانب تلك الخصائص الرئيسية فى عقد البيع توجد بعض الخصائص الأخرى لا ينبغى أن نترك موضوع خصائص عقد البيع دون الإشارة إليها، خاصة وأن الفقه قد اشار إليها، وإن كان البعض قد أوردها تحت مسمى الخصائص الفرعية[2].

ومن تلك الخصائص: أن عقد البيع محدد القيمة، حيث يستطيع كل من طرفيه أن يعلم وقت انعقاد العقد مقدار التزامه إعطاء، ومقدار حقه أخذاً، ومع ذلك فإن العقد قد يكون فى بعض صوره غير محدد القيمة، كما لو كان تحديد قيمة المبيع أو مقدار الثمن متوقفاً على حادث غير محقق كما فى البيع فى مقابل ايراد مرتب مدى الحياة[3]، فإن مقدار الثمن يكون فى هذه الحالة مرتبطا

---

(1) د. عبد الفتاح عبد الباقى – السابق – ص١٥ ومابعدها، د. عبد الرازق حسن فرج – السابق – ص١٧، د. عبد المنعم البدراوى – السابق – ص٤٠، د. خميس خضر – السابق – ص١٤ ومابعدها.

(2) د. خميس خضر – السابق – ص١٧.

(3) المرجع نفسه – ود. عبد الرازق حسن فرج – السابق – ص١٦.

بمدى حياة البائع، وذلك المقدار مما لا يمكن تقديره وقت العقد، ومن ثم يزيد الثمن بطول تلك الحياة وينقص بقصرها ولهذا كان تحديد الثمن أمراً محتملاً[1].

كما أن عقد البيع من عقود المساومة: حيث لا يتم البيع إلا بعد أخذ ورد ومناقشة عناصر الالتزام فيه بحرية واختيار، وهذا بخلاف عقود الاذعان التى يضع الموجب فيها شروطه مقدما ودون أن يكون للمتعاقد الآخر مناقشتها، وما على القابل إلا أن يذعن لها دون مناقشة للموجب أو مفاوضة[2].

كما أن عقد البيع قد يكون مدنيا إذا كان موضوعه عملاً مدنياً، وقد يكون تجاريا إذا كان مضمونه عملاً تجارياً[3].

وخصائص عقد البيع فى الشريعة الإسلامية تكاد تتطابق مع ما قرره فقه القانون بخصوصها، لولا أن عقد البيع فى الشريعة الإسلامية ناقل للملكية بذاته، وقد أشرنا إلى ذلك، هذا بالإضافة إلى أن عقد البيع وإن كان عقد معاوضة فى الشريعة الإسلامية، إلا أن المعاوضة فيه لا يتحتم أن تكون نقوداً كما نص القانون على ذلك وقد نصت المادة (٥٠٧) من التقنين المدنى العراقى التى تعرف البيع بما استقاه واضعوها من الشريعة الإسلامية بقولها: "البيع باعتبار المبيع أما أن يكون بيع العين بالنقد، وهو البيع المطلق أو بيع النقد بالنقد وهو الصرف أو بيع العين بالعين وهو المقايضة".

---

(١) د. سليمان مرقس – السابق – ص٢٤.

(٢) د. عبد الرازق حسن فرج – السابق – ص١٧.

(٣) د. محمد كامل مرسى – عقد البيع ص٢١.

الفصل الثانى

تمييز عقد البيع عما يختلط به من العقود الأخرى

رأينا أن عقد البيع يتميز عن غيره من العقود بانه ناقل للملكية أو منشىء لالتزام بنقلها، وهو بهذا يختلف عن الإيجار والمقاولة والوكالة، كما أن نقل الملكية فيه يتم بمقابل، ومن ثم فإنه بهذا يختلف عن الهبة والمقايضة والوصية، ومع هذا التمايز الواضح لعقد البيع عن غيره من العقود، فإنه قد يلتبس بها لدرجة يدق معها التمييز بينه وبينها، كما أنه قد يلتبس بالوصية ومن ثم تحسن الإشارة إلى تلك الفوارق، ونخصص لتمييز كل عقد منها عن البيع مبحثاً:

المبحث الأول

التمييز بين البيع والإيجار

إذا كان المقصود من البيع نقل الملكية أو أى حق مالى آخر فإن عقد الإيجار يختلف عن ذلك. حيث عرفته المادة (٥٥٨) مدنى بقولها: "الإيجار عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشيىء معين مدة معينة لقاء أجر معلوم"، وبالتالى يكون المقصود منه هو تمكين المستأجر من الانتفاع بالشيىء المؤجر فذلك هو مضمون الالتزام الجوهرى الذى ينشئه الايجار، وإذا كان البيع ينقل الملكية بحيث يخلف المشترى البائع فيها فإن المستأجر لا

يكون خلفا للمؤجر، وإنما هو دائن له بما يمكن من الانتفاع بالعين المستأجرة فأثر البيع حاسم، وأثر الايجار مؤقت[1]، ورغم هذا الوضوح فى تمييز البيع عن الايجار إلا أن التطبيق العملى قد كشف عن صعوبات فى بعض الأحوال يكون التمييز فيها بين البيع والايجار أمراً متعذراً، مما جعل الفقه والقضاء يتردد فيها بين اعتبارها بيعاً وبين اعتبارها ايجاراً.

وبداية فإنه لا وجه للالتباس بين البيع والايجار إذا كان المعقود عليه مالا مادياً، أى حق ملكية شيىء مادى، وذلك لوضوح الفرق بين اتجاه قصد المتعاقدين إلى نقل الملكية، أو اتجاهه فقط إلى مجرد الزام المالك بتمكين العاقد الآخر من الانتفاع بالشيىء مدة معينة مع بقاء ملكيتها لصاحبها[2].

غير أن الأمر يدق، إذا كان المعقود عليه ليس مالاً مادياً بل مالاً معنوياً، وخاصة إذا كان حقاً شخصياً يخول المنفعة كالحق فى أخذ ثمار العين أو حاصلاتها مدة معينة، وحالتئذ يختلط البيع بالايجار ويصبح تكييف العقد أمراً غير هين، مع أنه لا مفر منه لتكييف العقد فى نزاع يفرض نفسه، ولابد من تكييفه لاستجلاء طبيعته وهل هو عقد بيع أم عقد ايجار حتى يتسنى تطبيق الأحكام عليه[3].

---

(١) د. عبد الرازق حسن فرج – السابق – ص١٩.

(٢) د. سليمان مرقس – السابق – ص٢٧.

(٣) المرجع والمكان السابقان. د. عبد الودود يحيى –ص٣، د. جميل الشرقاوى –ص٢٥.

فإذا انتهى التكييف إلى أن العقد بيع، كان قابلا للإبطال لعدم ملكية البائع له وينتهى حق المشترى بانتهاء المدة المتفق عليها، وكان للبائع حق امتياز على المبيع، وإن كانت الثانية كان العقد غير قابل للابطال، بسبب عدم ملكية المؤجر للمعقود عليه، وكان قابلاً للتجديد بعد انتهاء مدته تجديداً ضمنياً، ويثبت للمؤجر امتياز المؤجر فقط، وليس امتياز البائع إذا كان المعقود عليه عقاراً.

ومعلوم أن امتياز البائع يختلف عن امتياز المؤجر فى مداه وفى أحكامه[1].

ويمكن ارجاع حالات الاختلاط فى التكييف بين البيع والايجار إلى حالتين:

---

(1) راجع: محمد كامل مرسى - التأمينات الشخصية والعينية -ص٢٣٤، ص٣٦٠ - طبعة ١٩٤٩م، د. محمد على امام - التأمينات الشخصية والعينية - ص١٠٤ ومابعدها، وص ٦٣٨ ومابعدها، د. خميس خضر - التأمينات العينية - ص٥٧٣، ص٦١٠. الطبعة الثانية.

وجدير بالذكر أن (المادة ١١٤٣ مدنى) تنص على أن أجرة الأراضى والمبانى الزراعية لسنتين أو لمدة الايجار إن قلت عن ذلك، وكل حق آخر للمؤجر بمقتضى عقد الايجار يكون لها جميعا امتياز على مايكون موجودا ومملوكا للمستأجر من منقول قابل للحجز ومن محصول زراعى، بينما نصت المادة (١١٤٧) على امتياز بائع العقار بقولها: "١- ما يستحق لبائع العقار من الثمن وملحقاته يكون له امتياز على العقار المبيع ٢- ويجب أن يقيد الامتياز ولو كان البيع مسجلا وتكون مرتبته من وقت القيد".

الحالة الأولى: حالة النزول للغير عما ينتجه الشيىء من حاصلات وثمار فى مقابل ثمن نقدى:

فلو ان شخصاً أعطى آخر الحق فى جنى ثمار عين معينة أو فى أخذ حاصلاتها مدة محددة فى مقابل جعل ثابت، هل يعتبر هذا العقد بيعا أم إيجاراً؟.

لقد اختلفت آراء الفقه والقضاء فى ذلك ويمكن إبراز تلك الآراء كما يلى:

(١) التفرقة بين أخذ الثمار، وأخذ الحاصلات:

وأصحاب هذا الرأى يرون وجرب التفرقة بين العقد الذى يعطى الحق فى أخذ الثمار والعقد الذى يخول أخذ الحاصلات، حيث يعتبر الأول إيجاراً والثانى بيعاً[١].

---

(١) د. عبد المنعم الدبراوى – البيع – ص٤٦ – طبعة ١٩٦٣م، د. اسماعيل غانم – السابق ص٣٧. الوسيط للسنهورى – جـ٤ – ص٢٧، د. خميس خضر – السابق – ص٢٣.
د. سليمان مرقس – السابق – ص ٢٨ ومابعدها، د. عبد الرازق حسن فرج – السابق – ص٢٠ ومابعدها، د. منصور مصطفى منصور – السابق – ص١٩ هامش(٢).
وانظر: نقض مدنى مصرى فى ١٩٥١/١٢/٦ مجموعة أحكام النقض ٣-١٦١-١٣.
وقد جاء فيه: "انه إذا كان الطاعن قد تعاقد مع وزارة المالية المطعون عليها على أن يقوم باستغلال النطرون الجاف بمستنقعات منطقتين رسا مزادهما عليه مقابل ثمن معين، وعلى أن يدفع للمطعون عليها علاوة على ذلك اتاوة بواقع كذا جنيها لكل طن يستخرج زيادة على ١٥٠٠ طن من المنطقة الأولى، و١٠٠٠ طن من المنطقة الثانية، فهذا العقد موضوعه محصول طبيعي غير متجدد يكون جزءاً من المستنقعات ولابد من نفاذه يوما وهو ليس ثمنا أو ريعا للمستنقعات المذكورة، ومهما ورد فى هذا العقد من ألفاظ المؤجر والايجار والمستأجر فانه عقد بيع للنطرون، لا عقد ايجار للمستنقعات، وهذا الاتجاه هو اتجاه الفقه والقضاء الفرنسى، راجع: بلانيول وريبير ودى لاموراند ير – جـ٢=

وللتنكرة فإن الحاصلات أو منتجات الشيىء هى ما ينتجه الشيىء فى مواعيد غير دورية ولا منتظمة، وينتقص من أصله كأحجار المحجر أو أشجار الغابة، ومن ثم يعتبر العقد بيعا لمنقول بحسب المآل، هو حاصلات الشيىء المعقود عليه، أما الثمار فهى ما ينتجه الشيىء فى مواعيد دورية متجددة دون أن تنقص من الأصل شيئاً، وبالتالى يكون العقد الوارد عليها إيجاراً.

وحجة أصحاب هذا الراى أن الايجار يقصد به تمكين المستأجر من الانتفاع بالشيىء المؤجر، وأن جوهر هذا العقد هو أن يرد المستأجر الشيىء بعد انتهاء عقد الايجار بالحالة التى كان عليها، وفقاً لما تقضى به المادة (٥٩١) مدنى، فى حين أن الحاصلات تنقص من الأرض، فهى جزء منها ومآلها للزوال يوما ما.

ومن ثم كانت العقود التى تتعلق بالحاصلات لا تعتبر إيجاراً لأن الشيىء قد نقص على نحو لا يمكن معه رده بالحالة التى كان عليها[1].

=ص٦٥٦. وبودرى لاكانتزى وفاهل - الايجار - فقرة ١١/٧ ص ٤٤٧، وبلانيول وريبير وهامل - جـ١٠ - فقرة ٣، وحكم محكمة النقض الفرنسى فى ١٩٥٥/٢/١٧، دالوز ١٩٥٥ - ص٤٦٩، وتعليق الأستاذ بيكين على النقض المدنى الفرنسى فى ١٩٤٥/١/١٢ -مجلة الأسبوع القانونى سنة ٩٤٥، ل ٨٠٢٦، بشأن التفرقة بين الايجار وعقد امتياز استخراج الأحجار من محجر.

(١) د. عبد المنعم البدراوى - السابق - فقرة ٥٩، د. منصور مصطفى منصور - السابق - ص١٩، د. إسماعيل غانم - السابق - ص٣٤ ومابعدها، د. عبد الرازق حسن فرج - ص٢٠، ٢١، د. خميس خضر - ص٢٢ - والمراجع المشار إليها فيه.

ويؤخذ على هذا التوجيه أنه لا مانع فى العقد الوارد على الثمار أن تتجه نية المالك إلى بيع الثمار ذاتها لا إلى مجرد الالتزام بتمكين الطرف الآخر من أخذ غلة العين، كما أن العقد الوارد على الحاصلات يمكن اعتباره إيجاراً إذا كان أخذ هذه الحاصلات هو الطريق الطبيعى لاستغلال العين[1].

(٢) التفرق بين التنازل عن الثمار ناضجة أو غير ناضجة:

وذهب رأى آخر إلى أن المعول عليه فى إعتبار العقد بيعاً أو إيجاراً هو طبيعة نزول المالك عن الثمار، فإذا كان تنازله عنها ناضجة ومعدة للنقل فيكون العقد بيعاً، وأن كان نزوله عنها مقترناً بالتزام المتنازل إليه بالعمل على انمائها، وإنضاجها وحصرها فيكون العقد إيجاراً[2].

ولكن يؤخذ على هذا الرأى، أنه لا مانع فى عقد البيع من أن يلتزم المشترى بالقيام ببعض الأعمال اللازمة لانتاج المبيع[3].

(٣) النظر إلى طبيعة الآثار الناشئة عن العقد:

وذهب آخرون إلى أن المعول عليه فى اعتبار مثل هذا العقد بيعا أو إيجاراً طبيعة الآثار التى تترتب عليه، فإن كان من شأنه أن

---

(١) د. سليمان مرقس – المرجع نفسه – ص٢٩.

(٢) فاهل: فى تعليق له على حكم النقض الفرنسى – فى ١٩٠٩/١٢/١٣ – سيرى ١٩١٢ – ١- ٤١٣.

(٣) السنهورى – الوسيط – جـ٤ –ص٢٨.

ينقل ملكية حق ثابت من قبل في ذمة المتصرف، كان بيعاً، وإن اقتصر على إنشاء التزام في ذمة المتصرف بتمكين المتصرف إليه من أخذ الثمار أو الحاصلات فهو ايجار، لكن يؤخذ على هذا الاتجاه أن الآثار التي تترتب على عقد ما، ليست سوى نتيجة لاتجاه ارادة العاقدين إليها، وأن المسألة كلها تنحصر في معرفة ما اتجهت إليه ارادة المتعاقدين[1].

(٤) العبرة بقصد المتعاقدين:

ولهذا الاختلاف فقد ذهب رأى قوى إلى أن العبرة بقصد العاقدين وأن الآثار التي لا يكون ثمة شك في اتجاه قصدهما إليها يمكن أن يستدل بها على تكييف العقد للاستعانة بهذا التكييف على تنظيم الآثار التي لم يثبت اتجاه قصدهما إليها، وبعبارة أخرى فإن ظروف التعاقد وأحكامه الواضحة يمكن اعتبارها قرائن قضائية مؤقته دالة على حقيقة التكييف الذى اتجهت إليه إرادة المتعاقدين، بمعنى أنها ترجح أحد التكييفين على الآخر إلى أن يثبت العكس[2].

---

(١) د. سليمان مرقس – السابق – ص٢٩.

(٢) السنهوري – الوسيط – جـ٤ – ص٣٨، د. خميس خضر – السابق – ص٣٠. وراجع: د. عبد الرازق حسن فرج – السابق – ص٢٢، حيث نقل آراء فقهية أخرى منها: أن الغالب في عقد البيع دفع الثمن مرة واحدة، وفي عقد الايجار بدفع الأجر على أقساط دورته منتظمة أو أن الأجرة في الايجار تتحدد في الغالب على أساس وحدة معينة من الزمن، بينما يتحدد الثمن على أساس كمية المبيع، كما يذكر أن من العناصر المرجحة كذلك لاعتبار العقد ايجارا هو أنه في الايجار يغلب أن يكون للمستأجر كل منافع الشيء المؤجر بينما في عقد البيع يغلب أن يتحدد المبيع بكميته، ومن ثم فإنه إذا اتفق=

فمثلاً يعتبر ورود العقد على الحق فى أخذ الحاصلات – وهى غير متجددة – قرينة على أن العقد عقد بيع، ما لم يثبت من طرف آخر، أن العاقدين اتجهت إرادتهما إلى الايجار وآثاره، وبالعكس من ذلك يعتبر ورود العقد على الحق فى أخذ ثمار الأرض كلها – وهى متجددة – قرينة على أنه قصد به الايجار لا البيع، فإذا كان محل العقد نوعاً معيناً من الثمار فقط كان الراجح أن العقد بيع إلا إذا كان المتصرف إليه قد تعهد بانماء هذه الثمار وإنضاجها على نفقته، فإن ذلك يرجح الايجار على البيع(١).

والواقع – كما يقول أستاذنا الدكتور عبد الرازق حسن فرج: أن المعايير السابقة جميعا ما هى إلا معايير تقريبية، وليست مؤكدة لعدم وجود قاعدة يمكن إعمالها فى هذا الشأن ولهذا فإنه يتعين أن يترك الأمر لتقدير قاضى الموضوع ليفصل فى كل حالة على حسب الظروف والملابسات، وللقاضى أن يكيف العقد مستهديا فى ذلك بما تتجه إليه ارداة المتعاقدين وقصدهما الحقيقى دون اعتبار للوصف الذى يضيفانه على العقد، وللقاضى كذلك أن يستهدى

=على أخذ كمية معينة من المحصول فإن هذا يرجح أن يكون العقد بيعاً، وراجع: د.إسماعيل غانم – السابق – ص٣٥، د. منصور مصطفى منصور – السابق – ص٢.

(١) د. سليمان مرقس – السابق – ص٣٠.

بالمعايير السابقة وما تتضمنه من قرائن تعينه على ترجيح تكييف على آخر[1].

الحالة الثانية: حالة البيع الايجارى:

والبيع الايجارى هو البيع الذى يقوم فيه الاتفاق بين طرفيه على أن يقوم أحدهما بتسليم شيىء معين للآخر فى مقابل قيام الأخير بدفع مبلغ دورى متجدد لمدة معينة ويتفقان على اعتبار هذا المبلغ الدورى أجرة فى نظير الانتفاع بالشيىء، فإذا ما قام المتصرف إليه بالوفاء بجميع الأقساط المتفق عليها، انتقلت إليه الملكية، وانقلب العقد بيعا، واعتبرت الأجرة المدفوعة أقساطا للثمن، أما إذا تخلف عن الوفاء بأى قسط من الأقساط التى حل ميعاد استحقاقها، كان عليه أن يرد الشيىء إلى مالكه مع حق ها المالك فى الاحتفاظ بما سبق، دفعه من أقساط بوصف كونها أجرة ثم قبضها نظير الانتفاع بالشيىء طوال المدة التى ظل فيها فى يد المنتفع.

ومثال ذلك: أن يتفق تاجر أدوات كهربائية مثلا عل أن يؤجر لعميلة ثلاجة لمدة معينة بأجرة شهرية قدرها مائة جنيه، وعلى أنه إذا وفى المستأجر التزاماته كاملة تملك الثلاجة فى نهاية المدة دون أن يدفع شيئاً آخر.

---

(1) د. عبد الرازق حسن فرج – السابق – ص٢٣، وراجع: د. جميل الشرقاوى – ص٣٨، د. محمد على امام – السابق – فقرة ٢١، د. عبد الفتاح عبد الباقى – السابق – ص٢٣.

هذا الاتفاق يشبه البيع فى أنه يؤدى إلى نقل ملكية الثلاجة فى مقابل ثمن يدفع على هيئة أقساط شهرية كما أنه يشبه الايجار فى أنه لا يترتب عليه فور انعقاده تمليك بل مجرد تمكين من الانتفاع، وفى أن فسخ العقد لإخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته كلها أو بعضها لا يترتب عليه وجوب إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد، بل يحتفظ كل من الطرفين بالفائدة التى عادت عليه فى الماضى من تنفيذ العقد[1].

ومن هذا يتضح أن المتعاقدين قد أرادا أن يكون هذا العقد ايجاراً وبيعاً، فيكون إيجاراً حتى يتم الوفاء بالثمن كاملا، ويكون بيعا حين يتم الوفاء به.

وتبدو أهمية تكييف العقد بأنه إيجار ينقلب إلى بيع فى حماية البائع، إذ يظل بمثابة مؤجر يحتفظ بملكية الشيىء ويستطيع بالتالى استرداده إذا ما توقف من تسلم الشيىء عن الوفاء بالأقساط أو أفلس قبل قيامه بالوفاء بها، مع عدم التزامه برد ما تسلمه منها على أساس أنه أجره، أما لو اعتبر العقد بيعا منذ البداية فإنه يترتب على فسخه التزام المشترى برد المبيع، والتزام البائع برد ما تسلمه من أقساط، هذا فضلا عن أن تكييف العقد على أنه ايجار يجعل يد المستأجر على الشيىء يد أمانة، فإذا تصرف فيه للغير، عد مرتكبا لجريمة خيانة الأمانة[2].

---

(١) د. سليمان مرقس – السابق – ص٣١، د. عبد الرازق حسن فرج – السابق ص٢٤، د. إسماعيل غانم – ص٣٥. د. لبيب شنب – ص١٧.

(٢) د. جميل الشرقاوى – ص٢٧، د. عبد الفتاح عبد الباقى –ص٢٤.

وقد كان تكييف موضوع البيع الايجارى محل خلاف فى الفقه والقضاء قبل صدور التقنين المدنى المصرى الحالى، فذهب رأى إلى أن العقد يعتبر إيجاراً وبيعا فى ذات الوقت، فهو إيجار معلق على شرط فاسخ، وبيع معلق على شرط واقف؛ والشرط فى الحالتين هو الوفاء بجميع الأقساط المتفق عليها، فإذا تحقق الشرط الفاسخ وذلك بتمام الأقساط المتفق عليها، انفسخ عقد الايجار، وتحقق الشرط الواقف الذى علق عليه البيع فيوجد العقد وينتج آثاره مستندا إلى وقت الاتفاق، ويعتبر من تسلم الشيىء كأنه قد اشتراه منذ البداية[1].

أما إذا تخلف الشرط بعدم تمام الوفاء بالأقساط، فإن الايجار يتأكد ويعتبر البيع كأن لم يكن، ويحتفظ المالك بما قبض من مبالغ باعتبارها أجرة فى نظير الانتفاع بالشيىء[2].

وقد أخذ على هذا الرأى بأن تكييف العقد على أنه بيع وإيجار فى أن واحد معا، مما يتنافى مع طبيعة التكييف إذا المفروض أن يكون واحداً لا متعدداً، فهو إما أن يكون بيعا أو إيجاراً فقط، لابد وأن يكون أحدهما[3].

---

(1) د. عبد الفتاح عبد الباقى – ص٢٦.

(2) المرجع نفسه.

(3) د. إسماعيل غانم – ص٣٧، د. عبد الفتاح عبد الباقى – ص٢٦. د. عبد الرازق حسن فرج – ص٢٥، د. منصور مصطفى منصور – ص٢٠.

والقول بهذا التكييف مـن شـأنه أن يـؤدى إلـى أن البيـع قـد تـم بدون ثمن، فالأقساط التى دفعت كانت ايجاراً في المدة التـى يسـرى فيها العقد، وذلك مقابل الانتفاع بالشيىء، فإذا انقلب العقد إلـى بيـع فمعنى ذلك أنه قد تم بلا ثمن، ومعنى ذلك أنه يعتبر بـاطلا، لفقدانـه ركناً أساسياً وهو الثمن[1].

وذهب رأى آخر؛ إلى أن العقد يعتبر بيعا علق فيه نقل الملكية على شرط واقف، هو الوفاء بالأقساط جميعها، وهـذا هـو مـا يتفـق مع قصد المتعاقدين، حيث قصداً البيع منذ البداية ولم يكـن لوصـف العقد بأنه إيجار مـن أثـر سوى أنـه وسيلة للحصـول علـى الثمـن، واستيفاء الأقساط كاملة وهذا ما قرره المشـرع فـى التقنيـن المدنـى المصرى الحالى فى المادة (٤٣٠) والتى تنص على أنه:

(١) إذا كان البيع مؤجل الثمن جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقـل الملكية إلى المشترى موقوفا على استيفاء الثمـن كلـه، ولـو تـم تسليم المبيع.

(٢) فإذا كان الثمن يدفع أقساطاً، جاز للمتعاقدين أن يتفقا علـى أن يستبقى البائع جزءا منه تعويضا له عن فسخ البيع إذا لم تـوف جميـع الأقسـاط، ومـع ذلـك يجوز للقاضى تبعـاً للظـروف أن يخفض التعويض المتفـق عليـه وفقـا للفقـرة الثانيـة مـن المـادة (٢٢٤).

---

(١) فى هذا المعنى: د. عبد الرازق حسن فرج – ص٢٥.

(٣) وإذا وفيت الأقساط جميعاً، فإن انتقال الملكية إلى المشترى يعتبر مستنداً إلى وقت البيع.

(٤) وتسرى أحكام الفقرات السابقة، ولو سمى المتعاقدان البيع إيجاراً.

وبهذا النص حسم المشرع الخلاف فى تكييف هذا العقد، حيث اعتبره بيعا بالتقسيط، علق فيه انتقال الملكية على الوفاء بكامل أقساط الثمن، وبحيث يستند انتقال الملكية إلى المشترى عند الوفاء بكامل الثمن إلى وقت البيع[١].

ومن هذا النص يتضح أن المشرع قد أوضح فى الفقرة الأولى منه: أن انتقال الملكية فى هذا البيع يكون موقوفا على الوفاء بالثمن كله، ولكن التزامات البائع بتسليم المبيع، وبضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية، وكذلك التزامات المشترى بتسليم المبيع وبتحمل نفقات العقد كلها تكون منجزة، كما بين فى الفقرة الثانية حكم تخلف المشترى عن القيام بدفع جميع الأقساط واشتراط البائع مقدماً أن يستبقى جزءاً معيناً من الأقساط المدفوعة على سبيل التعويض عن فسخ البيع، وانه يجوز للقاضى تخفيض هذا التعويض، طبقا لأحكام المادة (٢٢٤) مدنى، وأن هذا التعويض

---

(١) د. سليمان مرقس – ص٣١، د. خميس خضر – ص٢٧، د. عبد الرازق حسن فرج – ص٢٦ ومابعدها.

يعتبر بمثابة شرط جزائى، يستحقه البائع حتى ولو لم يثبت له حصول ضرر من الفسخ[1].

وفى النهاية فإن تكييف العقد من خلال مقصد المتعاقدين هو ما يتفق مع قواعد التشريع الإسلامى التى تقرر أن العبرة فى العقود بالقصود والمعانى لا بالألفاظ والمبانى.

---

(1) د. عبد الرازق حسن فرج – ص٢٧.

المبحث الثانى

البيع والمقاولة

عرف المشرع عقد المقاولة من خلال ما نصت عليه المادة (٦٤٦) من التقنين المدنى بقولها: (المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يضع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الاخر).

ووفقا لما تنص عليه المادة (٦٤٧) مدني، فإنه يجوز أن يقتصر المقاول على التعهد بتقديم عمله على أن يقدم رب العمل المادة التى يستخدمها أو يستعين بها فى القيام بعمله، كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معاً.

فعقد المقاولة وإن كان بحسب الأصل عقد يرد على العمل إلا أن ما قضت به المادة (٦٤٧) مدني، من جواز تعهد المقاول بتقديم العمل والمادة التى يستخدمها فيه، قد أوجد اشتباها بينه وبين عقد البيع، فمن السهل أن يعتبر المقاول بائعا للمواد التى يستخدمها فى العمل[1].

وقد ذهبت أغلبية الفقه والقضاء فى هذا الشأن إلى اعتبار الأصل فى الحالات التى يتعهد فيها المقاول بتقديم مادة العمل أن العقد بيع؛ إلا إذا كانت قيمة المواد أو المهمات المستعملة ثانوية

---

(١) د. سليمان مرقس – ص ٣٢، د. عبد الرازق حسن فرج – ص٢٧.

بالنسبة إلى عمل المقاول، فالترزى الذى يحيك لعميله ثوبا يتعهد دائماً بتوريد المواد الأولية البسيطة، كالخيط والأشرطة وغيرها، كما يتعهد أحياناً بتقديم قماش الثوب ذاته، ففى الحالة الأولى يعتبر العقد مقاولة، لأن محله الرئيسى عمل الترزى وهو حياكة الثوب، ولأن ما يقدمه من الخيط وسائر المواد الأولية البسيطة ليس إلا أمراً ثانوياً إلى جانب تفصيل الثوب وحياكته أما فى الحالة الثانية، فإن قيمة الأقمشة والمهمات التى يتعهد الترزى بتوريدها تبدو أهم من قيمة العمل المتعهد به.

ومن ثم يصح اعتبار العقد بيعاً لشيىء مستقبل، وكذلك إذا تعهد المقاول بأن يبنى بأدوات من عنده بناء على أرض مملوكة لرب العمل، فإن العقد يعتبر مقاولة، لأن المهمات تعتبر ثانوية بالنسبة إلى الأرض، أما إذا تعهد بتقديم بناء يقيمه بأدوات من عنده، وعلى أرض يقدمها هو، فإن العقد يغلب عليه وصف البيع[1].

---

(1) د. توفيق فرج. عقد البيع والمقايضة فى القانون اللبنانى ص ٥٤ بيروت سنة ١٩٦٨، د.إسماعيل غانم – ص٢٦، د. عبد المنعم البدراوى ص ٥٩ ومابعدها، د. سليمان مرقس – ص٣٢، د. منصور مصطفى منصور – ص٢٤، د. خميس خضر – ص٢٦، د. محمد على عمران – شرح عقدى البيع والتأمين – ص٢٣ –القاهرة ١٩٧٢، الوسيط للسنهورى – جـ٤ ص٣٢.

المبحث الثالث

البيع والوكالة

والوكالة وفقا لتعريف المادة (٦٩٩) من التقنين المدنى: "عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانونى لحساب الموكل".

ولئن كانت الوكالة محلها التزام الوكيل بالقيام بعمل، فإن البيع يتمثل محله فى نقل ملكية شيىء أو أى حق مالى فى مقابل ثمن نقدى.

ورغم هذا الوضوح فى التفرقة بين البيع والوكالة، إلا أن تلك التفرقة قد تكون عزيزة المنال فى بعض الصور، وذلك كما فى حالة عقد التوزيع، حيث يتعهد شخص بمقتضاه أن يسلم شخصا آخر كمية معينة من سلعة لبيعها فى مقابل مبلغ معين يؤديه لمنتج السلعة، على أن يلتزم برد ما تبقى لديه دون بيع، فهل يعتبر من يقوم بالتوزيع وكيلا، أم أن العقد يعتبر بيعا معلقا على شرط واقف أو فاسخ، هو عدم التمكن من بيع السلعة خلال مدة محددة.

وتبدو أهمية التفرقة بين وصف العقد بأنه وكالة أو بيع فى أن الوكالة تعتبر من عقود الأمانة، فالوكيل إذا بدد الأشياء التى عهد إليه بها، فإنه يعاقب بعقوبة خيانة الأمانة، فى حين أن البيع ليس من عقود الأمانة، ولا يعاقب المشترى إذا ما تصرف فيما سلم إليه باعتباره مبيعا إليه[1].

(١) د. سليمان مرقس-ص٣٣، د.خميس خضر-ص٣١، د.عبد الرازق حسن فرج-ص٢٨.

وحل مشكلة تكييف العقد فى هذه الحالة يتوقف على معرفة القصد الحقيقى للمتعاقدين فإذا اتجهت ارادتها إلى نقل الملكية كان العقد بيعاً، وإلا فهو وكالة[1]، فالاتفاق على أن يقوم من تسلم الشيىء ببيعه على أن يأخذ لنفسه نسبة معينة من الثمن الذى يبيع به، يرجح أن يكون العقد وكالة، وكذلك إذا حدد صاحب الشيىء السعر الذى يجب على من تسلمه أن يبيعه به، ويستفاد ذلك أيضا من احتراف الشخص الذى تسلم الشيىء لبيعه بالوكالة[2].

أما إذا اتفق على أن يدفع من تسلم الشيىء مبلغاً محدداً لمالكه بقطع النظر عن الثمن الذى يتمكن من بيعه به، مع الاحتفاظ بحقه فى رد الشيىء دون دفع الثمن المتفق عليه إذا لم يتمكن من بيعه، فإن ذلك يرجح أن يكون العقد بيعاً مقترناً بشرط فاسخ، هو عدم تمكين المشترى من بيع الشيىء إلى الغير[3].

---

(1) د. سليمان مرقس – ص٣٣، د. عبد الرازق حسن فرج – ص٢٩.

(2) د. اسماعيل غانم – ص٣٧.

(3) د. خميس خضر – ص ٢٩. د. توفيق فرج – ص٥٦، د. عبد الرازق حسن فرج ص ٢٩، د. اسماعيل غانم – فقرة ٢٢، د. منصور مصطفى منصور – ص ٢٥.

المبحث الرابع

البيع والهبة

يتفق عقد البيع مع عقد الهبة فى أن كلا منهما يرد على نقل الملكية بين الأحياء، والهبة وفقا لما عرفتها المادة (٤٨٦/١) مدنى: "عقد يتصرف بمقتضاه الواهب فى مال له دون عوض".

ومن خلال هذا التعريف يتضح الفرق بين البيع وبين الهبة فلئن كان نقل الملك فى الهبة يتم للموهوب له دون عوض، وعلى نحو يقصد به التبرع، فإن البيع يتم نقل الملك فيه بعوض، وهو من عقود المعاوضات، فالهبة تقترن بنية التبرع من الواهب وقبول من الموهوب له، وهذا هو العنصر النفسى فيها، أما العنصر المادى فهو نقل المال دون مقابل[1].

ولكن الهبة قد تكون بمقابل، وهذا ما عبرت عنه المادة (٤٨٦/٢) بقولها: "ويجوز للواهب دون أن يتجرد عن نية التبرع أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين"، فتكون الهبة فى تلك الحالة بعوض يجب على الموهوب له أن يؤديه، وفى هذه الحالة فإنها تشبه البيع من ناحية أن المتصرف إليه يلتزم بهذا العوض ويؤديه كما يلتزم المشترى بالثمن، ويزداد التشابه بين البيع والهبة كلما اقتربت قيمة العوض من ثمن المثل.

---

(١) د. عبد الرازق حسن فرج – ص٢٩، د. محمد على امام – ص٢٣، د. سليمان مرقس – ص٣٦ – والسنهورى – الوسيط – جـ ٤ – ص٢٦.

وفى الحالات التى تشتبه فيها الهبة بالبيع يثور التساؤل عما إذا كان العقد بيعا أو هبة؟.

يرى جانب من الفقه أن العقد يكون هبة فى حال توافر شرطين:

أولهما: أن يكون العوض أقل من المال الموهوب.

ثانيهما: ان تتوافر نية التبرع.

ولا يتنافى تكييف العقد على أنه هبة بتوافر هذين الشرطين مع وجود العوض، لأن المعول عليه هو نية التبرع، ولا يسوغ مع هذا الاعتبار أن يقال بأن هذا التصرف عقد بيع فى حدود قيمة العوض وهبة فيما زاد عنه، وإذا كان العوض مساويا لقيمة المال الموهوب أو مقاربا له فإن العقد يعتبر بيعا لا هبة ولا يستقيم القول بتوافر نية التبرع فى هذه الحالة[1].

ويرى بعض الفقهاء أن المعول عليه فى اعتبار العقد هبة هو نية التبرع حتى ولو كانت الهبة بمقابل نقدى كبير، وإذا لم توجد نية التبرع كان العقد بيعا ولو كان المقابل النقدى أقل قيمة من الشيىء المبيع[2].

---

(1) د. خميس خضر – ص٣٠، د. عبد الرازق حسن فرج – ص٣٠، د. منصور مصطفى منصور – ص٢٦، د. إسماعيل غانم – ص٤٨.

(2) د. سمير السيد تناغو – عقد البيع – ص٢٢.

وإذا كانت الهبة مستترة فى صورة عقد آخر، كعقد البيع فإنها تكون صحيحة وقد أعفاها المشرع من شرط الرسمية، ويخضع عقد الهبة المستترة من حيث الموضوع لأحكام الهبة، ومن ثم يشترط فى الهبة فى تلك الحالة أن يكون للعقد مظهر البيع بالفعل، كأن يذكر الثمن فى البيع الظاهر، أما إذا حدد الثمن فى العقد وذكر أن المشترى قد أبرأ المشترى فيه أو وهبه له، فإن العقد لا يكون بيعا، بل يكون هبة صريحة، وتكون باطلة إذا لم تفرغ فى الشكل المطلوب[1].

---

(1) د. خميس خضر – ص٣٠، د. عبد الرازق حسن فرج – ص٣٠ د. سليمان مرقس – ص٣٨.

وفى هذا حكم محكمة النقض المدنى بتاريخ ١٩٣٨/٦/٩ – مجموعة النقض فى خمسة وعشرين عاما – جـ٢ هبة – ١١٩٤، وقد جاء فيه: "لا عبرة بعدم ذكر قبض الثمن فى عقد البيع متى كان الثمن مسمى فيه، فإن البيع يقتضى اطلاقا التزام المشترى بدفع الثمن المسمى، ولكن إذا كان الثمن لم يذكر فى العقد أو ذكر مع ابراء المتصرف له فيه أو وهب له، فإن العقد فى هذه الحالة لا يصح أن يكون ساترا للهبة، لأن القانون وان أجاز فى المادة (٤٨) مدنى قديم: أن يكون العقد المشتمل على هبة موصوفا بعقد آخر، إلا أنه اشترط أن يكون هذا العقد مستوفيا الأركان والشرائط اللازمة لصحته.

وانظر حكم النقض المدنى فى ١٩٨٢/٥/١٢–مجموعة أحكام النقض ٣٣-٥١٧-٩٣، وقد جاء فيه: "تبرع البائع لأبنائه القصر بالثمن فى العقد والتزامه بعدم الرجوع فى تبرعه يفصح عن أن التصرف هبة سافرة وقعت باطلة لتخلف الشكل الرسمى الذى يتطلبه نص الفقرة الأولى من المادة (٤٨٨) مدنى، ولا يعتبر هذا التصرف بيعا إذا لم يستوف العقد أحد أركانه وهو الثمن، ولا يصلح العقد وهو على هذا النحو أن يكون ساترا للهبة وفقا لما تجيزه الفقرة الثانية من المادة آنفة الذكر لأن مناط صحة الهبة المستترة أن يكون العقد الذى يسترها مستوفى الأركان والشرائط القانونية"، وفى هذا المعنى نقض مدنى فى ١٩٧٨/٣/٢٩م، مجموعة أحكام النقض ٢٩-٨٩١-١٧٧.

المبحث الخامس

البيع والمقايضة

المقايضة عقد يلتزم به كل من المتعاقدين أن ينقل إلى الآخر على سبيل التبادل ملكية مال ليس من النقود (م٤٨٢ مدنى)، ومن خلال هذا التعريف يتضح أن المقايضة تتميز عن البيع فى أن المقابل فيها ليس من النقود.

والاختلاط الذى يقع بين البيع والمقايضة قد يقع فى بداية العقد، كما لو جعل أحد المتعاقدين للآخر أن يختار بين بدلين للشيىء الذى التزم بنقل ملكيته إليه، وكان أحد الدائنين مبلغا من المال، وكان البدل الآخر مالا غير نقدى كمنزل أو سيارة أو غير ذلك، ففى هذا المثال لا يمكن أن نعرف طبيعة العقد عند ابرامه ولكن طبيعته تتحدد بشكل واضح عندما يختار من له الحق فى الخيار أحد البدلين النقدى أو غير النقدى.

ولكن قد يلتبس البيع بالمقايضة ابتداء وانتهاء، إذا كان أحد البدلين مكونا من عنصرين: أحدهما نقدى، والآخر غير نقدى كأن يكون أحد العوضين سيارة جديدة والعوض الآخر سيارة قديمة بالإضافة إلى مبلغ نقدى.

ولتحديد طبيعة هذا العقد يؤخذ بالعنصر الغالب فى العوض المكون من عنصرين، فإذا كان المبلغ النقدى هو العنصر الغالب،

كان العقد بيعا، أما إذا كانت السيارة القديمة هى العنصر الغالب فإن العقد يكون مقايضة[1].

ولا يكون هناك لبس فى طبيعة العقد إذا كان أحد العوضين سبيكة ذهبية أو ورقة مالية، فإن هذا العقد يعتبر مقايضة رغم سهولة تحويل المقابل، وهو السبيكة الذهبية أو الورقة المالية إلى مبلغ نقدى، كما لو بعتك سيارتى بسبيكة ذهبية وخمس سندات وكذلك لا يكون هناك لبس فى طبيعة العقد إذا كان المقابل فيه ايراداً مرتبا مدى الحياة، فإن العقد يكون بيعا وان كان الثمن فيه محددا بطريقة احتمالية[2]، وما دام هذا الايراد من النقود، هذا ومما

---

(1) بلانيول وريبير، وهامل – جـ١٠، فقرة ٤٠٣، وراجع حكم محكمة النقض المصرية فى الطعن رقم ٩٧ س ٤ق –مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض جـ٢ –ص٩٨٦، قاعدة ١٤، وقد جاء فيه: "أنه إذا اعتبرت محكمة الاستئناف العقد المتنازع على تكييفه عقد بيع للمنزل لا عقد بدل، لما رأته من أن ذات العقد مصرح فيه أنه عقد بيع للمنزل، وعقد بيع للأطيان، وأن الثمن المقدر للأطيان مع استنزاله من الثمن المقدر للمنزل، يكون الباقى الواجب دفعه من ثمن المنزل مبلغا كبيراً يزيد على ثمن الأطيان وأن العقد الذى يكون بهذه الكيفية التى يزيد فيها ما يدفع من الثمن نقداً عما يدفع منه عينا هو أقرب إلى البيع منه إلى البدل، فتفسير المحكمة هذا المتفرع من الواقع بغير تشويه وتكييفها لهذا العقد بأنه عقد بيع لا بدل له، هو تفسير تملكه وتكييف لا غبار عليه".

(2) السنهورى – جـ٤ ص٣٦٤، د. توفيق فرج – عقد البيع – ١٩٧ ص٥٥، د. منصور مصطفى منصور – السابق – ص٢٧، د. سمير تناغو – ص٢٤،٢٥، د. سليمان مرقس – ص٢٢٣ ومابعدها. د. جميل الشرقاوى – فى البيع والمقايضة والايجار–ص١١٦، د.عبد الرازق حسن فرج – ص٣٢، د. محمود جمال زكى – العقود المسماة – ص٢٣٢، د. أنور سلطان ود. جلال العدوى – الموجز فى لعقود المسماة – جـ١ – البيع – ص٤٦، اسكندرية ١٩٦٤م.

تجدر ملاحظته أن الثمن فى هذه الحالة لا يتمثل فـى الأقسـاط التـى يقوم المشترى بدفعها، بل فى الحق فى الايراد المرتب للبـائع، ممـا يدعو إلى القول بأن العقد فى حقيقته يعتبر مقايضـة لا بيعـا، إلا أن الرأى فى الفقه وفى القضاء قد استقر على اعتبار هذا العقد بيعاً[1].

ومما يجب ذكره أن المقايضة تعتـبر صـورة مـن صـور البيـع فى الشريعة الإسلامية وقد سبقت الإشارة إلى ذلك.

---

(1) د. عبد الرازق حسن فرج - المكان نفسه.

المبحث السادس

البيع والوصية

والوصية كما جاء فى المادة الأولى من قانون الوصية التى تكلفت بتعريفها: "تصرف فى التركة مضاف إلى ما بعد الموت، والوصية كما يبدو من تعريفها تعتبر تصرفا بالارادة المنفردة، وليست عقدا كالبيع الذى لابد فيه من توافر ارادتين هما: إرادة البائع وارادة المشترى، كما أن الوصية لا تنقل الملكية فى الحال، وإنما تنقلها بعد وفاة الموصى مصراً على وصيته، فقبل الوفاة يحق للموصى أن يرجع فى وصيته، ومع أن عقد البيع يجوز أن يقع معلقاً على شرط أو مضافاً إلى أجل. إلا أن هذا الأجل لا يصح أن يكون هو وفاة البائع، ومعلوم بداهة أن نقل الحق فى الوصية يتم بدون مقابل أما نقل الملك فى عقد البيع فإنه يتم بمقابل نقدى.

ورغم وضوح التفرقة بين البيع والوصية، إلا أن الخلط بينهما قد يقع، ووقوعه قد يتم قصداً للتحايل على بعض قواعد القانون الآمرة واعمالاً لإرادة الموصى، وذلك كما فى القاعدة التى تقضى بعدم جواز الوصية فيما زاد على الثلث، حيث يقصد الموصى مخالفة هذه القاعدة، فيجعل تصرفه فى صورة بيع، وليس فى صورة وصية، فيكون البيع حالتئذ بيعاً صورياً يوارى خلفه وصية حقيقية، وبالتالى يكون لكل ذى مصلحة أن يتمسك بالتصرف الحقيقى وأن يثبت صورية البيع الذى أضر به، ويمكن استخلاص

حقيقة التصرف مما يحيط به من ظروف وملابسات وبما يتضمنه من شروط.

ومن القرائن التى يمكن أن تساعد فى تكييف العقد وأخذ بها القضاء فى اعتبار التصرف وصية وليس بيعا، قلة الثمن المذكور فى العقد، أو إبراء المشترى من الثمن، أو فقر المشترى، كما لو كان البيع لطفل لا يملك شيئا يدفعه كثمن، ويمكن اعتبار التصرف وصية لا بيعا، إذا احتفظ البائع لنفسه بحق الانتفاع بالشيىء المبيع وحيازته إلى حين وفاته، أو منع المشترى من المتصرف فى البيع طوال حياة البائع[1].

وقد كانت المحاكم مترددة فى الأخذ بشرط دون آخر من هذه الشروط أو الاكتفاء بشرط منها دون آخر، حتى تثبت نية الايصاء إلى أن حسم المشرع فى التقنين المدنى المصرى هذا الأمر حين نص فى المادة (٩١٧) منه على أنه: "إذا تصرف شخص لأحد ورثته، واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التى تصرف فيها

---

(١) د. اسماعيل غانم – ص٥٥، د. سمير تناغو – ص١٩ ومابعدها، د. خميس خضر – ص٣٥، د. عبد المنعم البدراوى – فقرة ٣٨،٣٩، د. عبد الرازق حسن فرج–ص٣٣، السنهورى –جـ٤ –ص٣٢، وقد قضت محكمة النقض فى حكم لها: بأنه لا يقدح فى تكييف العقد بأنه بيع منجز، احتواؤه على شرط احتفاظ البائع بالانتفاع بالعين المبيعة مدة حياته، وبشرط منع المتصرف إليه فى هذه العين إذا ثبت أن الثمن المسمى فى العقد قد دفع بأكمله، إذ هذا يتنافى مع الوصية التى هى من التبرعات، نقض مدنى فى ١٩٦٨/١/١٤ – مجموعة أحكام النقض ١٩–٢٠٥–١٣٦٢.

وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته، اعتبر التصرف مضافا لما بعد الموت، وتسرى عليه أحكام الوصية ما لم يقم دليل يخالف ذلك".

وقد أنشأ هذا النص قرينة قانونية تدل على توافر نية الأيصاء ليستطيع من يدعى أن التصرف وصية أن يعفى من عبء الاثبات ولكن هذه القرينة بسيطة يجوز اثبات عكسها، ومن ثم فإن لكل ذى مصلحة أن يثبت أن التصرف بيع وليس وصية، فيثبت وجود الثمن، وقصد انتقال الملكية حال حياة المتصرف[1].

ولعل مما يبرر مسلك القانون الجديد وميله إلى ترجيح جانب الوصية على جانب البيع والهبة من خلال تقريره لتلك القرينة، مما يؤدى إلى تقييد التصرف، أن باعث القضاء على التساهل فى تفسير التصرف على أنه بيع أو هبة قد انعدم، فقد كان القضاء يرجح جانب البيع أو الهبة على جانب الوصية لما لمسه فى القانون السابق من تضييق عن الايصاء للوارث، فكان يعالج بمسلكه هذا عيبا فى ذلك القانون، وليصحح وصايا لها ما يبررها فى ظروف الأسرة، مثل أن تتم تحت ستار أنها بيوع أو هبات منجزة، أما وقد

---

(1) السنهورى – الوسيط جـ٤ ص٣٣ حيث يقول: "ويجوز اثبات أن التصرف بيع أو هبة لا وصية، بتقديم قرائن فى هذا المعنى، كتسجيل التصرف، والتنازل عن شرط منع التصرف، وتبرير الاحتفاظ بحيازة العين عن طريق أن المشترى قاصر وأن المشترى باشر الحيازة نيابة عنه"، وفى هذا حكم النقض المدنى فى ١٩٧٢/٣/٧ بمجموعة أحكام النقض ٢٢- ٧- ٢٩٨.

عدل المشرع المصرى من أحكام القانون وأجاز الوصية للوارث فيما لا يزيد على ثلث التركة، فلم يعد هناك مقتض لتسمية التصرفات بغير أسمائها الحقيقية، وما دامت الوصية السافرة للوارث جائزة فلا محل إذن للوصية المستترة[1].

ومن ذلك نرى أن القرينة القانونية التى أقامها القانون الجديد، وهى احتفاظ المورث بالحيازة، وبحقه فى الانتفاع مدى حياته، هى الشيىء الثابت فى هذه المسألة، وهى قرينة قابلة لإثبات العكس، فيجوز إثبات أن التصرف بيع أو هبة بتقديم قرائن فى هذا المعنى،

ومما دفع القانون الجديد لهذا المسلك أن التكييف للعقد فى ظل القانون القديم، كان يتطلب أولا تقصى ما اتجهت ارادة الطرفين إلى إحداثه من آثار قانونية، مع مراعاة ظروف وملابسات هذه الإرادة وهذا مما يدخل فى سلطة قاضى الموضوع على أن يلتزم بقواعد الاثبات، فإذا كان النزاع بين وارث المتصرف الذى يتمسك بأن التصرف وصية تلحق به ضررا لتجاوزها حدود ثلث تركة مورثه، فيحق له اثبات ذلك بكافة طرق الإثبات، بما فيها البينة والقرائن، لأن ما يريد اثباته ينطوى على احتيال على القانون من جانب المتصرف[2]، والقرائن التى يلجأ إليها كثيرة ومتنوعة وتقديرها

---

(١) السنهورى – المرجع نفسه.

(٢) د. سليمان مرقس – السابق – ص٤٠، وراجع له أيضا: أصول الاثبات واجراءاته فى المواد المدنية – الطبعة الرابعة ١٩٨٦–فقرة ٤٢٢ ومابعدها. وراجع حكم النقض =

متروك لقاضى الموضوع، بشرط أن يكون ما يستخلص منها سائغا وغير مخالف للثابت بالأوراق[1]، وفى هذا كثيرا ما يختلف القضاء.

كذلك اختلفت المحاكم فى ظل التقنين الملغى، فى شأن مثل هذا العقد فاعتبره البعض بيعاً[2]، بينما اعتبرته بعض المحاكم وصية[3]، وهذا الفريق الذى اعتبر التصرف وصية اختلف فيما بينه بشأن الظروف والشروط والقيود، والملابسات التى يمكن أن تستفاد منها نية الإيصاء، فاكتفت بعض المحاكم بثبوت حصول التصرف دون مقابل، وببقاء العقد فى حيازة المتصرف أو عدم تسجيله[4]، واستنبط بعضها الآخر نية الإيصاء من اتفاق العاقدين على عودة ملكية المبيع إلى البائع إذا توفى المشترى قبله، أو من بقاء البائع محتفظا بمزايا الملكية ومظهرها، كالحيازة والتأجير والتقاضى[5].

=المدنى فى ١٩٨٣/٣/٢٤ مجموعة أحكام النقض ٣٤-٧٢٨ - ١٥٦ وفى ١٩٧٦/١٢/١٣ مجموعة أحكام النقض ٢٧-١٣٧٨-٣١٩.

(١) د. سليمان مرقس - أصول الاثبات واجراءاته - السابق - ص٨٨.

(٢) من ذلك حكم محكمة النقض المدنى فى ١٩٣٦/٢/١٧، مجلة المحاماة ١٦-٨٧٨-٤٠١، نقض مدنى ١٩٤٥/٣/٨م. مجموعة القواعد القانونية ٤-٥٨٣-٢١٨، ١٩٥٦/١/٥ مجموعة أحكام النقض ٧-٣٤-٢.

(٣) من ذلك حكم محكمة النقض ١٩٥٢/٣/٦، مجموعة أحكام النقض ٣-٥٩٧-١٠٤، ١٩٥٢/٥/٢٢، مجموعة أحكام النقض ٣-١١٢٠-١٧٢، ١٩٥٤/١٠/١٨- المجموعة ٦-٣٢-١.

(٤) حكم محكمة النقض فى ١٩٤٦/٥/١٦، المجموعة ٢١٢/٤٠٢/٤٨.

(٥) حكم محكمة مصر بهيئة استئنافية فى ١٩٢٥/١٢/١٦ مجلة المحاماة ٦-٣٢٧-٢٥٠ وحكم محكمة استئناف مصر فى ١٩٣١/١/٢٠ مجلة المحاماة ١٢-٤٦-٣٢ وحكم محكمة النقض المدنى فى ١٩٦٩/١/٢م مجموعة أحكام النقض ٢٠-٢٢-٤.

ولقد كان من أهم القرائن التى عول عليها القضاء فى استنباط نية الايصاء من التصرف الذى ثبت حصوله دون مقابل، أن يكون البائع قد احتفظ لنفسه بحق الانتفاع إلى حين وفاته[1]، أو ان يشترط على المشترى المنع من التصرف فى المبيع حال حياته، وقد اتفت بعض المحاكم بأحد هذين الشرطين، واشترط البعض الاخر اجتماعهما[2]، بينما رأت أغلبية المحاكم أن اجتماع هذين الشرطين لا يكفى لثبوت نية الايصاء، ولا يمنع وجودهما من اعتبار العقد بيعا، ما لم توجد قرائن أخرى تعزز فكرة الايصاء، ومن ثم كان من اللزوم على المشرع أن يتدخل لحسم هذا الخلاف، وذلك بما نص عليه فى المادة (٩١٧) مدنى.

ويشترط لوجود توافر القرينة على نية الايصاء وفقا لما تنص عليه المادة ٩١٧ مدنى، أن تتوافر الشروط الآتية:

أولا: أن يكون التصرف صادرا إلى أحد الورثة، ويشترط أن تتوافر هذه الصفة للمتصرف إليه، وقت وفاة المتصرف لا وقت انعقاد التصرف فإذا كان المتصرف إليه وارثا وقت التصرف، ثم

---

(١) حكم محكمة استئناف مصر فى ١٩٢٣/١/٢٢ مجلة المحاماة ٣-١٦٢-١٠٨ وحكم محكمة النقض المدنى فى ١٩٦٩/٢/٢ المجموعة ٢٠-٦٤٩-١٠٥.

(٢) نقض ١٩٣٩/٦/٨ المجموعة ٣٦/٩١/٤١، ونقض ١٩٤٥/٣/٨، المجموعة ٧٦٠/١٣٠/٤٦ ونقض ١٩٧٠/٢/٢٦ المجموعة ٥٨٠/٣٥٨/٢١ وقد جاء فيه: "أن احتفاظ البائع بحقه فى الانتفاع بالمبيع مدى حياته لا يتحتم معه وجوب اعتبار التصرف وصية، وفى نفس المعنى: نقض مدنى فى ١٩٦٨/١١/١٤ المجموعة ٢٠٥/١٣٦٢/١٩.

أصبح غير وارث وقت الوفاة، فإن القرينة لا تقوم، والعكس بالعكس، فإذا كان المتصرف إليه غير وارث وقت التصرف ثم أصبح وارثا وقت الوفاة، فإن الشرط يكون متوافراً.

ثانيا: أن يحتفظ المتصرف بأى طريق كان بحيازة العين التى تصرف فيها، والحيازة واقعة مادية يمكن إثباتها بكافة طرق الاثبات، كأن يقوم باستعمال العين واستغلالها أو دفع الضرائب المقررة عليها ويكتفى هنا بالحيازة المادية، فلا يشترط الركن المعنوى للحيازة[1].

ثالثا: ان يحتفظ المتصرف لنفسه بحق الانتفاع بالعين طوال حياته، تلك هى الشروط الثلاثة التى أقامتها المادة (٩١٧) مدنى، لتقوم القرينة على أن التصرف وصية، ويستطيع المتصرف إليه أن يثبت أن العقد فى حقيقته بيع، وذلك بكافة طرق الاثبات.

ويلاحظ كما يقرر الأستاذ السنهورى أن المادة (٩١٧) من القانون المدنى قد استحدثت قرينة قانونية تتصل بموضوع الحق اتصالاً وثيقاً، ومن ثم لا يكون لها أثر رجعى شأنها فى ذلك شأن

---

(١) السنهورى – الوسيط جـ٤ – ص٣٣ حيث يقول: "ويجوز اثبات أن التصرف بيع أو هبة لا وصية بتقديم قرائن فى هذا المعنى كتسجيل التصرف والتنازل عن شرط منع التصرف، وتبرير الاحتفاظ بحيازة العين عن طريق أن المشترى قاصر، وأن المشترى باشر الحيازة نيابة عنه"، وراجع: حكم النقض فى ١٩٦٢/٣/٧ – مجموعة أحكام النقض ٢٢-٤٧-٢٩٨، د. منصور مصطفى منصور – فقرة ١٦، د. اسماعيل غانم – فقرة ٣٣، د. عبد الرازق حسن فرج – ص٢٤، د. محمد على عمران – ص١٥، د. عبد المنعم البدراوى – السابق – فقرة ١٧، د. جميل الشرقاوى – ص٣٠ – ومابعدها.

سائر القواعد الموضوعية[١]، لأن الرجعية لا تتقرر إلا بنص ولا نص هنا.

---

(١) الوسيط - جـ٤ - ص٢٤ ومابعدها، وراجع حكم محكمة النقض المدنى فى ١٤/٥/١٩٦٤، مجموعة أحكام النقض ١٥-١٠٧-٦٧٣ حيث جاء فيه: "القاعدة التى قررتها المادة (٩١٧) من القانون المدنى مستحدثة ولم يكن لها نظير فى التقنين الملغى، والقرينة التى استحدثتها هذه المادة لاتصالها بموضوع الحق اتصالا وثيقا لا يجوز اعمالها بأثر رجعى على التصرفات السابقة على تاريخ العمل بالقانون الملغى، ولقد كان الأصل فيه أن اقرارات المورث تعتبر صحيحة وملزمة لورثته حتى يقيموا الدليل على عدم صحتها بأى طريق من طريق الاثبات، فعبء الاثبات كان على من يطعن فى التصرف، ولم يكن احتفاظ البائع بحقه فى الانتفاع بالعين المبيعة سوى قرينة قضائية يتوصل بها الطاعن إلى اثبات دعواه، والقاضى بعد ذلك حر فى أنه يأخذ بهذه القرينة أو لا يأخذ لأنها كسائر القرائن القضائية تخضع لتقديره المطلق"، ونقض مدنى فى ١٣/٢/١٩٦٧ المجموعة ١٩-٤٠-٢٧١، وراجع: د. عبد المنعم البدراوى - فقرة ٤٨، د. منصور مصطفى منصور - ص٣١ ومابعدها. د. اسماعيل غانم ص ٣٣، د. عبد الرازق حسن فرج - ص٣٥، وقارن ما ذهب إليه جانب من الفقه يرى أن القرينة التى أقامتها المادة المذكورة تسرى بأثر رجعى على جميع التصرفات التى تعرض على المحاكم، ولو كانت سابقة فى وجودها عن وقت العمل بهذا القانون، د. أنور سلطان وجلال العدوى - ص ٧٥، د. محمد رشدى السعيد - السابق - ص٢٨ ومابعدها، د. منصور مصطفى منصور - فقة ١٩، د. توفيق حسن فرج - عقد البيع ١٩٨٥ - ص٥٥ ومابعدها، د.خميس خضر - ص٣٦ ومابعدها.

الباب الأول

أركان عقد البيع

يلزم لانعقاد البيع توافر أركان معينة هى الرضا والمحل والسبب، وهذه الأركان يمكن أن تعتبر شروطاً للانعقاد، فإذا تخلف ركن منها كان عقد البيع باطلاً بطلاناً، مطلقاً كما يشترط لصحة البيع أهلية المتعاقدين، وسلامة رضاهما من العيوب فإذا شاب الرضا غلط أو تدليس أو اكراه أو استغلال، أو كان أحد المتعاقدين ناقص الأهلية كان العقد قابلا للابطال لمصلحة ناقص الأهلية، أو من كان رضاؤه معيبا، وتطبق هنا القواعد العامة(١).

ودراسة أركان عقد البيع تقتضى بيان الرضا والمجل ثم إن المحل فى عقد البيع مزدوج لأنه يشمل المبيع والثمن، ولن تقتضى الدراسة أن تتعرض للسبب كركن فى العقد، حيث أن تطبيقه على عقد البيع ليس فيه زيادة عما يدرس فى النظرية العامة للالتزام ومن ثم فاننا بالنسبة لدراسته نكتفى بالاحالة عليها، ونقصر دراستنا على الفصول الآتية:

الفصل الأول: الرضا فى عقد البيع.

الفصل الثانى: المبيع.

الفصل الثالث: الثمن.

---

(١) د. عبد الرازق حسن فرج – ص٣٦ فقرة ١٨، د. محمد على عمران – ص٢٦ ، ومابعدها.

الفصل الأول

الرضا فى عقد البيع

من المعروف أن العقد يتم بمجرد أن يتبادل طرفاه التعبير عن ارادتين متطابقتين، وذلك وفقا لما تقضى به المادة (٨٩) مدنى، ومن ثم فإن عقد البيع لا ينعقد إلا إذا اقترن الايجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول من المتعاقد الآخر مطابق له فيما تضمنه من شروط، ولكن هل يصلح السكوت أن يكون قبولا فى عقد البيع؟.

الواقع أن السكوت المجرد لا يصلح -بحسب الأصل- أن يكون قبولا، لأن السكوت عدم، ولهذا يقرر فقهاء الشريعة الإسلامية: أنه لا ينسب لساكت قول، ولئن كان ذلك كذلك، إلا أن السكوت المجرد يمكن أن يكون قبولا استثناء، وذلك وفقا للضابط المعروف والذى يقضى بأن السكوت فى معرض الحاجة إلى البيان بيان، ومن ثم فإنه إذا قامت قرينة تدل على أن السكوت يصلح قبولا، وذلك على نحو ما تنص عليه المادة (٩٨) مدنى مصرى، بقولها: "ويعتبر السكوت عن الرد قبولا إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين، واتصل الايجاب بهذا التعامل، أو تمخض الايجاب لمنفعة من وجه إليه"، وفى هذا الاطار أيضا يجيىء نص المادة (٨١) مدنى مصرى التى تقرر أنه: "لا ينسب لساكت قول، ولكن السكوت فى معرض الحاجة بيان، وفى هذا الإطار يمكن أن يكون السكوت قبولا".

وفى الفقه الإسلامى يكون سكوت البكر قبولا منها بالزواج، وقد ثبت هذا الحكم بالسنة النبوية المطهرة. فيما صح عنه -صلى الله عليه وسلم -أنه قال: "الأيم تستأمر، والبكر تستأذن، وإذنها سكوتها"، فهنا أيضا يقوم السكوت مقام القبول، وغنى عن البيان أن هناك نوعا من العقود ينعقد بالتعاطى، وبدون كلام يصدر من الموجب أو القابل، فالسكوت له دور فى الانعقاد إذا دلت القرائن على وجود الرضا معه.

المبحث الأول

مضمون الرضا فى عقد البيع

الرضا لازم لانعقاد البيع، والبيع شأنه فى ذلك شأن أى عقد آخر، ولا يتصف الرضا فى البيع بما يميزه بصفة خاصة عن الرضا فى العقود الأخرى، والرضا فى عقد البيع يجب أن يتم على العناصر الجوهرية التى يتم التراضى عليها فيه، كما يقتضى بيان الأهلية اللازمة لابرام عقد البيع، وسلامة الارادة من العيوب ونخصص لكل موضوع منها مطلبا.

المطلب الأول

التراضى على العناصر الرئيسية فى عقد البيع

والعناصر التى يتم التراضى عليها فى عقد البيع تنقسم إلى عناصر رئيسية، وعناصر تفصيلية أو ثانوية.

أولاً: العناصر الأساسية التى يتم التراضى عليها فى عقد البيع:

لعل من أهم تلك المسائل، أن يتطابق الايجاب والقبول على طبيعة العقد الذى يراد إبرامه وهو عقد البيع، فإذا لم تتطابق الإرادتان، بأن قصد الطرف الأول بيعا، وقصد الثانى رهنا أو نكاحاً فإن العقد لا ينعقد على أى مما قصده المتعاقدان، وذلك لعدم تطابق الإرادة[1].

كذلك فإنه يجب تطابق الإرادتين على الشيىء المبيع، فإذا عرض أحد الطرفين على الآخر أن يبيعه منزلا يملكه فى مدينة معينة، بينما اتجهت ارادة الطرف الآخر إلى شراء منزل آخر فلا يكون هناك بيع ولا ينعقد العقد لعدم تطابق الإرادتين على الشيىء المبيع[2].

كما يجب أن تتطابق الإرادتان على ثمن الشيىء المبيع فإذا كان الثمن المعروض من البائع للسيارة مقداره عشرة آلاف جنيه

---

(1) فى هذا المعنى: حكم النقض المدنى فى ١٩٦٣/١٠/١٠، حيث قرر: "أنه لا ينعقد البيع إلا إذا اتفق العاقدان على طبيعة العقد الذى يقصد ان ابرامه بحيث يتوافر الايجاب والقبول على حصول البيع"، المجموعة ١٤-٩-٩٣، وراجع: فى هذا المعنى: د. عبد الرازق حسن فرج -ص٣٩، د. محمد على عمران- ص ٣٠ ومابعدها، د. جميل الشرقاوى -ص٣٧، د. عبد الودود يحيى - ص٢٣، د. سليمان مرقس -ص ٧٣ - د.سمير تناغو - ص٣٨. د. محمد رشدى السابق -ص٣٢.

(2) وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض فى حكم لها بتاريخ ١٩٥٠/١/١٩: "بأن اختلاف الطرفين على مساحة المبيع وحدوده يمنع من تلاقى الإرادتين وانعقاد البيع". مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض جـ٩ - ص٣٤٥.

فقبل المشترى الشراء بمبلغ خمسة آلاف جنية، فإن العقد لا ينعقد وذلك لعدم توافق الإرادتين على ركن من أركان البيع وهو الثمن.

ومن المسائل التى يثيرها الفقه فى هذا الصدد: مسألة ما إذا رضى المشترى بالشراء بثمن أعلى من الثمن الذى طلبه البائع، حيث ذهب جانب من الفقه إلى أن البيع ينعقد بالثمن الأقل الذى سماه البائع، وذلك لورود الاتفاق عليه ضمنا، فالمشترى بعرضه ثمنا أكبر من الثمن الذى يطلبه البائع يعتبر راضيا بالثمن الأقل من باب أولى[1].

وهناك جانب آخر من الفقه يفرق بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا كان المشترى يعتقد عن غلط أن الثمن الذى قام بعرضه هو نفس الثمن الذى عرضه البائع، ففى هذه الحالة ينعقد البيع بالثمن الأقل، أما إذا كان المشترى يعلم بالثمن الذى عرضه البائع، وزاد هو فيه لاقتناعه بأن المبيع يساوى هذا الثمن فعلاً، ورغبته فى عدم استغلال حاجة البائع أو عدم علمه بما يساويه المبيع فعلا، فإن الثمن الأعلى يعتبر عرضا

---

(1) من هذا الرأى: الهلالى وحامد زكى. شرح القانون المدنى عقد البيع والحوالة والمقايضة فى القانونين القديم والجديد ١٩٥٤ - ص٧١. وراجع: د. عبد الرازق حسن فرج - ص٤٠.

وقد نصت المادة ١٧٨ من مجلة الأحكام العدلية على أنه: "تكفى موافقة القبول للايجاب ضمنا، فلو قال البائع للمشترى بعتك هذا بألف فقال المشترى اشتريته منك بألف وخمسمائة انعقد البيع على الألف".

جديداً يتضمن إيجاباً من المشترى، فلو سكت البائع عنه يعد قبولا لهذا الايجاب الجديد الصادر من المشترى لأنه يتمخض لمنفعته، وذلك تطبيقا لحكم المادتين (٩٦، ٢/٩٨) مدنى، والتى تنص فى فقرتها الأولى على أنه: "إذا اقترن القبول بما يزيد فى الايجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه، اعتبر رفضاً يتضمن ايجاباً جديداً، كما تقضى الفقرة (٢) بأنه: "يعتبر السكوت عن الرد قبولاً إذا تمخض الايجاب لمنفعة من وجه إليه[١]".

الحالة الثانية: إذا كان المشترى قد عرض الشراء بثمن أعلى مائة جنيه للشيىء، فقبل البائع البيع بثمن أقل كخمسين جنيهاً مثلاً، فإن هذا يعتبر ايجابا جديدا، يتمخض لمنفعة المشترى، وسكوته يكون قبولا له فينعقد البيع[٢].

المسائل الجوهرية فى عقد البيع -إذن- يمكن تلخيصها فى ورود التراضى على طبيعة العقد، وعلى محله المتمثل فى المبيع والثمن، وتلك هى المسائل الجوهرية التى يجب الاتفاق عليها فى البيع، ومع ذلك فإن هناك سؤالا يثار حول مدى كفاية الاتفاق على تلك المسائل لانعقاد العقد، بحيث يكون الاتفاق عليها كافيا لإبرامه أم لا بد من الاتفاق على المسائل التفصيلية أو الثانوية الأخرى

---

(١) د. عبد الرازق حسن فرج - ٤١.

(٢) المرجع السابق - نفس المكان - وفى هذا المعنى - د. عبد المنعم البدراوى - ص١١٥.

كزمان تسليم الشيىء المبيع ومكانه، وزمان الوفاء بالثمن ومكانه؟، ذلك ما سنبينه فى الفقرة الآتية.

ثانيا: الاتفاق على المسائل التفصيلية أو الثانوية:

والمسائل التفصيلية كما سبق أن رأينا، هى التى لا يتوقف انعقاد العقد عليها، وذلك مثل مكان تسليم المبيع، وميعاد دفع الثمن، فمثل هذه المسائل إذا سكت عنها المتعاقدان ولم يتعرضا لمناقشتها، فإن نصوص القانون المكملة لإرادة الأفراد أو قواعد العرف أو العدالة تكون كفيلة بحلها، ويتم العقد دون الاتفاق الصريح عليها، وفى هذا المعنى تنص المادة (٩٥) مدنى على أنه: (إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها اعتبر العقد قد تم، وإذا قام خلاف على المسائل التى لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضى فيها طبقا لطبيعة المعاملة، وأحكام القانون والعرف والعدالة)[1].

ومن هذا النص يتضح أنه إذا اتفق كل من البائع والمشترى على البيع، وعلى الشيىء المبيع والثمن، واحتفظا ببعض المسائل التفصيلية للاتفاق عليها فيما بعد، فإنه يفترض أنهما قد ارتضيا حكم

---

(1) د. عبد الرازق حسن فرج – ص٤٢، وفى هذا المعنى: د. عبد الناصر العطار – ص٩، د. عبد المنعم البدراوى – ص١١٦، د. توفيق فرج – ص٦٢.

القانون أو العرف أو العدالة فى هذا الشأن، وهى قواعد مكملة لارادة الطرفين.

أما إذا انصرفت نيتهما إلى أن يجعلا من المسائل التفصيلية غير الجوهرية، عناصر داخلة فى الاتفاق، أو ناقشا مسألة تأجيل الثمن أو تقسيطه، أو من يتحمل منهما مصاريف تسليم البيع، ولم يتوصلا إلى اتفاق بشأنها، فإنه لا يمكن القول بانعقاد البيع إلا إذا تم اتفاقهما، ليس فقط على المسائل الجوهرية بل وعلى المسائل التى تفاوضا فيها، أو ناقشاها.

وتقدير ما إذا كان المتعاقدان قد علقا انعقاد البيع على الاتفاق بشأن هذه المسائل التفصيلية من عدمه، أو أنهما قد جعلا منها مسائل جوهرية، يعتبر من المسائل الموضوعية، التى يترك أمرها لقاضى الموضوع، يفصل فيها وفقا لطبيعة المعاملة، وطبقا لحكم القانون والعرف والعدالة[1].

والأصل فى الايجاب ألا يكون ملزما، فيجوز للموجب الرجوع عنه إلى أن يلتقى به القبول، ولكن إذا مات من صدر له الايجاب أو فقد أهليته بعد صدور القبول منه، فإن ذلك لا يمنع من تمام البيع، عند اتصال القبول بعلم الموجب، وهذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل[2].

---

(1) الوسيط للسنهورى – جـ٤ – ص٦٠ ومابعدها.

(2) المرجع والمكان نفسه.

الايجاب الموجه إلى الجمهور:

ولا يشترط فى الايجاب أن يكون موجهاً إلى شخص معين، بل إنه قد يكون موجها للكافة، وينعقد به العقد إذا ما اقترن به قبول، وكثيراً ما تجرى عادة التجار، على أن يعلنوا عن سلعهم سواء بعرضها فى واجهات محلاتهم مع كتابة أثمانها عليها، أو بالاعلان عن السلع وأثمانها فى الجرائد اليومية، أو فى نشرات خاصة يرسلونها إلى عملائهم، أو يوزعونها عليهم ولا نزاع فى أن عرض السلع مع كتابة أثمانها فى واجهات المحلات التجارية يعتبر إيجاباً صريحاً من الموجب (التاجر) ينعقد به العقد إذا ما اقترن به قبول، وليس للموجب أن يرفض العقد بدعوى أن هذا الايجاب لم يكن موجها لمن قبل، فالأصل أن شخصية المتعاقد لا اعتبار لها فى عقود المعاوضات[1].

ولكن ما الحكم إذا كان التاجر قد أعلن عن بضاعته فى الصحف اليومية أو فى نشرات خاصة أرسلها إلى عملائه، فهل يعتبر ذلك منه ايجابا ينعقد به العقد إذا اقترن به قبول أم أن الأمر ليس كذلك؟.

ذهب رأى إلى أن ذلك يعتبر إيجاباً صحيحاً وصالحاً لأن يقترن به القبول، ويلتزم تبعا لذلك من وجه الايجاب على هذا النحو

---

(1) المرجع نفسه – ص٦١، ومابعدها، د. محمد على عمران –جـ ص٣٣ ومابعدها، د. سمير السيد تناغو – ص٤٠، ومابعدها.

بالتعاقد مع كل من يتقدم إليه بالقبول أولا فأول فى حدود مقدار ما عنده من سلع، ولا يتقيد الموجب بهذا الاعلان بعد نفاذ ما عنده من سلع[1].

وذهب رأى آخر، إلى أن ذلك لا يعتبر إيجابا، وإنما يعتبر دعوة إلى التفاوض ما لم يتبين عكس ذلك من دقة البيانات التى تتضمنها هذه الاعلانات[2].

ويرى الأستاذ الدكتور السنهورى -رحمه الله- أنه يجب التفرقة بين حالتين:

الحالة الأولى: عرض السلع على الجمهور عن طريق النشرات والاعلانات والكتالوجات وهذا فى الغالب يكون دعوة إلى التعاقد لا إيجاباً كاملاً.

الحالة الثانية: حالة ما إذا كانت النشرة أو الاعلان أو الكتالوج قد أرسل إلى شخص بالذات بعنوانه الشخصى، وقد قصد صاحب المتجر أن يوجه إليه ايجابا، فإن هذا يعتبر إيجابا كاملا، فإذا لقى هذا الايجاب استجابة ممن وجه إليه كان هذا قبولاً وتم البيع[3]، وهذا الرأى هوالذى يترجح لدينا.

---

(١) د. محمد على عمران – ص٣٤، د. سليمان مرقس – ص٧٨.

(٢) د. سمير تناغو – ص٤١، د. جمال زكى – قانون عقد البيع – ص١٨.

(٣) الوسيط للسنهورى – جـ٤ – ص٦٢، ومابعدها.

المطلب الثانى

الأهلية اللازمة لابرام عقد البيع

والمراد بالأهلية فى عقد البيع هى أهلية الأداء، ومفادها صلاحية الشخص لابرام التصرفات القانونية، ومناط أهلية الأداء هو التمييز، ومن ثم فإن عديم التمييز، كالصبى غير المميز، وهو من لم يبلغ سبع سنين من عمرة (م٤٥) مدنى، والمجنون والمعتوه بعد تسجيل قرار الحجر عليهما أو قبل تسجيله، وكانت حالة الجنون أو العتة شائعة وقت التعاقد، أو كان الطرف الآخر على بينة منها يكون بيعهم باطلا، وكذلك فإن بيع الصبى المميز، وهو من بلغ السابعة، ولم يبلغ الحادية والعشرين من عمره فى غير الحدود الجائزة التى نص عليها القانون، يكون العقد قابلاً للإبطال لمصلحته، فإذا أجازه الولى أو الوصى أو القيم عليه، أو أذنت به المحكمة، كان صحيحاً، ويأخذ حكم الصبى المميز السفيه، وذو الغفلة (م ٤٦) مدنى بعد تسجيل قرار الحجر عليهما أو بعد تسجيله إذا كان تصرفهما بالبيع نتيجة استغلال أو تواطؤ، وإذا أذن لهما بإدارة أموالهما بعد الحجر عليهما، كان حكمهما حكم الصبى المأذون له فى إدارة أمواله فيصبح بيعهما وشراؤهما فيما تقتضيه أعمال الإدارة بالنسبة لهذه الأموال[1].

---

(1) د. عبد الرازق حسن فرج – ص٤٤، د. محمد على عمران –ص ٣٧ ومابعدها، د.خميس خضر –فقرة ٢٢، د. جميل الشرقاوى –فقرة ٥ طبعة ١٩٩٢، د. عبد الناصر العطار ص١٠، د. محمد رشدى – ص٣٦، ومابعدها.

ولما كان عقد البيع من أعمال التصرف، فإنه يلزم لانعقاده أهلية التصرف التى تتوافر -بحسب الأصل- لكل من بلغ سن الرشد وهى احدى وعشرون سنة ميلادية كاملة.

وقد أجاز القانون على سبيل الاستثناء لمن لم يبلغوا هذه السن أن يتصرفوا بالبيع فى بعض الأحوال، ومن ذلك:

أولاً: ما تقضى به المادة (٦١) من قانون الولاية على المال، رقم ١٩ لسنة ١٩٥٢ من أن: "للقاصر أهلية التصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته ويصح التزامه المتعلق بهذه الأغراض فى حدود هذا المال فقط، ومن ثم فإن بيعه المتعلق بأغراض نفقته يكون صحيحا فى هذه الحدود فإذا تجاوز هذه الحدود، كان التصرف قابلا للابطال لمصلحته".

ثانياً: للقاصر الذى بلغ السادسة عشرة من عمره التصرف فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره (م ٦٣) من قانون الولاية على المال، فيجوز له أن يشترى ما يشاء من كسب عمله، ويكون شراؤه صحيحا ما دام فى حدود هذا الكسب.

ثالثاً: كذلك فإن لمن بلغ الثامنة عشرة من عمره أن يتجر إذا أذنته المحكمة فى ذلك (م ٥٧) من القانون المذكور، فله أن يبيع ويشترى فيما يتعلق بتجارته، وفى حدود الإذن الصادر من المحكمة.

رابعاً: للقاصر المأذون بالزواج التصرف فى المهر والنفقة ما لم تأمر المحكمة بغير ذلك عند الإذن أو فى قرار لاحق (م ٦٠) من القانون المذكور.

خامساً: إذا بلغ الصبى المميز الثامنة عشرة من عمره، وأذن له فى تسلم أمواله لإدارتها أو تسلمها بحكم القانون، كانت أعمال الادارة الصادرة منه صحيحة فى الحدود التى رسمها القانون (م ١١٢) مدنى.

ويبدو من ذلك أن للقاصر المأذون بتسلم أمواله كلها أو بعضها أن يدير هذه الأموال، وادارته لها، قد تقتضى قيامه بإبرام البيع والشراء، وذلك مثل قيامه بشراء السماد والآلات، أو بيع ما تنتجه الأرض من ثمار وحاصلات، فيكون بيعه صحيحاً فى نطاق هذه الحدود[1].

المطلب الثالث

سلامة الإرادة من العيوب

عقد البيع كغيره من العقود يشترط لصحته أن يكون خاليا من العيوب وهى الغلط والتدليس والاكراه والاستغلال، ولما كان القانون المدنى المصرى الحالى، لم يتضمن نصوصاً تنظم هذه

---

(1) د. عبد الرازق حسن فرج – ص٤٤ ومابعدها، د. محمد على عمران – ص٣٨ ومابعدها، د. محمد رشدى–ص٣٦ ومابعدها، د. خميس خضر – ص٥١، د. جميل الشرقاوى – ص٤٠، د. سمير تناغو – ص٦٤ ومابعدها.

العيوب فى عقد البيع، فإنه يتعين الرجوع فى هذا الشأن للقواعد العامة فى نظرية العقد.

إلا أن المشرع قد أورد فى باب البيع حكما خاصا بشرط العلم بالبيع على النحو الكافى، وذلك وفقا لما تنص عليه المادة (٤١٩) مدنى، كما أورد حكما خاصا بالغبن فى بيع العقار المملوك للقاصر، المواد (٤٢٥ إلى ٤٢٧) مدنى، ومن ثم يجب بيان هذين الأمرين.

الفرع الأول

العلم بالمبيع علماً كافياً

تنص المادة (٤١٩) مدنى، على أنه: "١- يجب أن يكون المشترى عالما بالمبيع علما كافيا، ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بيانا يمكن من تعرفه.

٢- وإذا ذكر فى عقد البيع أن المشترى عالم بالمبيع سقط حقه فى طلب ابطال البيع بدعوى عدم علمه به إذا أثبت تدليس البائع".

وقد ورد فى المذكرة الايضاحية للقانون المدنى المصرى على هذا النص بأنه يوفق بين خيار الرؤية المعروف فىالشريعة الإسلامية، وبين المبادىء العامة للقانون المدنى، وهذه لا تشترط رؤية المبيع، بل تقتصر على اشتراط أن يكون معينا تعيينا كافياً[1].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية - جـ٤ -ص١٩.

التعريف بخيار الرؤية فى الفقه الإسلامى:

خيار الرؤية معناه: الحق المقرر للمشترى عند شراء ما لم يره فى إمضاء البيع أو فسخه بعد رؤية المبيع. ولخيار الرؤية أهمية خاصة فى عقود البيع التى يغلب أن يكون المبيع فيها أشياء أو آلات لم يرها المشترى، وإنما رغب فى شرائها من خلال معرفة أوصافها فى كتاب أو خطاب، وهنا يجيىء دور خيار الرؤية ليكون وسيلة من وسائل تحقيق الرضا فى مثل هذه الصور من صور البيع، حين يفاجأ المشترى بأن الشيىء الذى رغب فى شرائه ليس على الحالة التى يريدها[1].

دليل مشروعية خيار الرؤية:

وقد دل على مشروعية خيار الرؤية ما روى عن أبى هريرة أنه -صلى الله عليه وسلم- قال: "من اشترى ما لم يره فهو بالخيار إذا رآه"[2]، حيث دل هذا الحديث على أن خيار الرؤية مما يثبت للمشترى فى بيع ما لم يره، وذلك عند رؤية المبيع.

وقت ثبوت خيار الرؤية وسببه:

ويثبت خيار الرؤية للمشترى عند رؤية المبيع لا قبلها فلو أجاز البيع قبل الرؤية لا يلزم البيع ولا يسقط الخيار، وله أن يرد

---

(١) فتح القدير - للكمال بن الهمام - جـ٥ -ص١٣٧.

(٢) أخرجه الدارقطنى فى سننه والبيهقى فى سننه -راجع: نصب الراية: جـ٤- ص٩.

المبيع، ومما يدل على اعتبار وقت الرؤية لثبوت الخيار قول النبى ﷺ: "من اشترى ما لم يره فهو بالخيار إذا رآه"، حيث رتب الحديث ثبوت الخيار على عدم الرؤية، فدل على أن وقته يتعين بها، كما يدل أيضا على أن الرؤية سبب لثبوته، فالخيار يثبت عند رؤية المبيع لا قبلها كما أن المشترى إذا أسقط حقه فى خيار الرؤية فإنه لا يسقط، لأن إسقاط الخيار فرع عن ثبوته، وثبوت الخيار بالرؤية، فهو يثبت بعد الرؤية لا قبلها.

أثر الخيار على العقد وشروط ثبوته:

من المقرر أن خيار الرؤية يؤثر على لزوم العقد، حيث يجعله غير لازم بمعنى أنه يجوز للمشترى أن يرجع فيه بعد ابرامه، ولكن حتى يتحقق ذلك الأثر لابد من توافر شرطين:

أولهما: أن يكون محل العقد مما يتعين بالتعيين، أى أن يكون عينا من الأعيان التى يمكن أن ترى وتفحص كالأشياء، والآلات، والأدوات وغيرها، ومن ثم لا يثبت خيار الرؤية فى حالة ما إذا كان المعقود عليه دينا كما فى عقد السلم.

ثانيهما: عدم رؤية محل العقد، فيشترط حتى يثبت الخيار أن يكون محل العقد لم ير من قبل بالنسبة للمشترى، فإذا كان قد سبق أن رآه فإن السبب الذى بمقتضاه يثبت حق خيار الرؤية يكون قد زال.

ما تتحقق به الرؤية:

والمراد بالرؤية فى خيار الرؤية، حصول العلم بالمبيع وتحقق معرفته، أعم من أن تكون تلك المعرفة بالرؤية فتشمل حصول العلم بالرؤية فى كل ما من شأنه أن يرى كما يثبت العلم بالشم أو بالذوق أو باللمس أو غير ذلك من الخواص التى يمكن أن يتحقق العلم بها[1].

مسقطات خيار الرؤية:

(١) ويسقط خيار الرؤية باسقاط من له الخيار صريحا: كأن يقول: أسقطت الخيار، أو أجزت البيع، أو غير ذلك من العبارات التى تدل على الاسقاط الصريح للخيار، ومما يفيد الاسقاط أيضا، تصرف المشترى فى المبيع بعد الرؤية بأى وجه من وجوه التصرف كالبيع والهبة والوصية، وكذلك التصرف المادى كشوى اللحم، وعجن الدقيق، وغير ذلك من وجوه التصرف المادى فى المبيع[2].

---

(١) وفى هذا المعنى تنص المادة (٢/٥١٧) مدنى عراقى، على أن المراد بالرؤية الوقوف على خصائص الشيء ومزاياه بالنظر أو الفحص أو الشم أو السمع أو المذاق، وراجع المادة (٣٢٣) من مجلة الأحكام العدلية.

(٢) وقد قررت هذا المعنى المادة ٣٢١ من مجلة الأحكام العدلية فقالت: "خيار الرؤية لا ينتقل إلى الوارث، فإذا مات المشترى قبل أن يرى المبيع لزم البيع ولا خيار لوارثه".

(٢) موت من له الخيار: من المعروف أن الموت تسقط به الحقوق المتعلقة بمشيئة الميت وارادته، وخيار الرؤية منها فيسقط بالموت.

(٣) هلاك المعقود عنيه: إذا هلك المعقود عليه، فإنه بهلاكه يسقط خيار الرؤية، لتفرعها عن وجود المعقود عليه، وإذا هلك فإنه بهلاكه يفوت محلها، كما يفوت بالتالى الخيار الناشىء عنها.

حقيقة العلم الكافى بالمبيع:

والعلم الكافى وفقا لما تنص عليه المادة (٤١٩) مدنى، يقصد به معرفة أوصاف الشيىء الأساسية وبيانها بيانا يمكن من التعرف عليها، والعلم الكافى على هذا النحو يختلف عن تعيين المبيع أو قابليته للتعيين، حيث يقصد بتعيين المبيع ما يمكن به تمييزه عن غيره، كما أن المبيع قد يكون معينا دون أن يعلم به المشترى علما كافيا وذلك كما فى بيع منزل معين بموقعه، فإن هذا يكفى لتحقيق شرط التعيين، وينعقد العقد، إلا أن المشترى قد لا يعلم بالأوصاف الرئيسية للمنزل، من حيث عدد الطوابق والوحدات السكنية به، والمساحة وغير ذلك مما يعد من أوصاف البيع الرئيسية[1].

---

(١) د. عبد الرازق حسن فرج - ص٤٩ ومابعدها، د. خميس خضر - ص٥٦ ومابعدها. د. توفيق حسن فرج - عقد البيع ١٩٨٥ - فقرة ٦٨، د. منصور مصطفى منصور - فقرة ٤٠، د. إسماعيل غانم - ٦٩.

كما يختلف العلم الكافى عن تعيين المبيع فى الأثر المترتب على كل منهما، فعدم تعيين المبيع يترتب عليه بطلان العقد بطلانا مطلقا، أما عدم العلم بالمبيع علما كافيا، فإنه يترتب عليه قابلية العقد للبطلان فيكون منتجا لآثاره حتى يقضى بإبطاله[1].

ما يتحقق به العلم الكافى بالمبيع:

والعلم الكافى بالمبيع كما يتحقق بالرؤية المادية، يمكن كذلك تحققه بمجرد وصف الشيىء المبيع وصفا يمكن من تعرفه، خلاف ما هو مقرر فى الرؤية التى يثبت بها خيار الرؤية فى الفقه الإسلامى؛ حيث يشترط فيها العلم لا الوصف[2].

ومن ثم فإن العلم بالمبيع يمكن أن يتحقق فى القانون بالطرق الآتية:

أولاً: معاينة المبيع معاينة تكفى للتعرف عليه:

وهذه المعاينة قد تتحقق بالمشاهدة المادية أو باللمس أو بالذوق، أو بالشم حسب طبيعة الشيىء المبيع، وقد تتم المعاينة بمعرفة المشترى نفسه، كما يجوز أن يقوم بها نائب عنه.

---

(1) المرجع السابق – ص٥٠، وراجع: د. اسماعيل غانم – ٧٨.

(2) قارن فى هذا: أستاذنا الدكتور عبد الرازق حسن فرج – ص٥٠.

والمعاينة المطلوبة هنا، هى تلك التى تتم وقت إبرام العقد أو قبله، أما المعاينة التى تتم بعد تمام البيع، فلا تحول دون قيام المشترى بطلب الإبطال، ومعاينة المشترى للمبيع على هذا النحو تكفى لاعتباره عالما بالمبيع ولو لم تكن هذه المعاينة قد أدت فى الحقيقة إلى معرفة المشترى لأوصاف المبيع الأساسية ما دامت قد تمت بطريقة وافية من شأنها أن تمكن العلم للرجل المعتاد[1].

ثانياً: بيان المبيع وأوصافه الأساسية فى العقد:

وكما يتم العلم بالمعاينة فإنه يتم أيضا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بيانا يمكن من تعرفه مادة (١/٤١٩) مدنى، وكون الوصف كافيا أو غير كاف لتحقق علم المشترى يعتبر من المسائل الموضوعية التى يترك تقديرها لقاضى الموضوع[2].

والعلم بطريق الوصف قد تقتضيه الضرورة أحيانا، كما لو اشترى الأعمى بنفسه، أو اشترى المبصر شيئاً ليس فى مجلس العقد ووصف له وصفا شفويا أو كتابيا[3].

---

(١) د. خميس خضر – فقرة ٢٨، د. منصور مصطفى منصور – فقرة ٤١، د. عبد الفتاح عبد الباقى – فقرة ٢٦، د. عبد الرازق حسن فرج – ص٥١، د. جميل الشرقاوى – ص٤٧ ومابعدها، د. أنور سلطان وحلال العدوى – طبعة ١٩٦٣ ص ١٥٨ ومابعدها، د. محمد على عمران – ص٩٨ ومابعدها.

(٢) د. عبد الفتاح عبد الباقى – المكان السابق، د. جميل الشرقاوى – ص٤٨ هامش(٣).

(٣) راجع: د. جميل الشرقاوى – ص٤٨، حيث يقرر أنه: "يجب ألا يفهم من صياغة المادة ١/٤١٩ فى قولها: (إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه" أن المراد من لفظ العقد=

ثالثاً: اقرار المشترى بالعلم بالمبيع:

إذا لم يعاين المشترى المبيع، ولم يذكر فى العقد بيان أوصافه الأساسية، ولكن ذكر فيه أن المشترى عالم به، فإن هذا يعتبر إقرارا من المشترى بالعلم به، وقد جاء فى المادة (٢/٤١٩) مدنى: "إذا ذكر فى عقد البيع أن المشترى عالم بالمبيع سقط حقه فى طلب ابطال البيع بدعوى عدم علمه به إلا إذا أثبت تدليس البائع".

فإقرار المشترى بالعلم بالمبيع عند التعاقد يسقط حقه فى الطعن فى العقد بدعوى عدم العلم به، سواء أكان هذا العلم متفقا مع الواقع، فيتحقق العلم فعلا، أم كان مخالفا للواقع فيدل على أن المشترى لا يعلق أهمية على علمه بالمبيع، أو أنه قد تنازل عن التمسك بالطعن فى البيع على أساس عدم العلم بالمبيع، وفى هذا مخالفة للأحكام المقررة فى خيار الرؤية المقرر فى الفقه الإسلامى، والتى لا تجيز النزول عنه قبل أن تتم الرؤية فعلا وذلك على نحو ما رأينا.

=هو المحرر الذى يثبت فيه الاتفاق على المبيع، رغم أن صيغة النص توحى بهذا الفهم لأن البيع عقد رضائى لا يلزم لاتمامه أى شكل من الأشكال، ولو كان مجرد الكتابة، ومع ذلك فمن الممكن أن يوصف المبيع للمشترى دون حاجة إلى أن يكون هذا الوصف مكتوبا، وراجع: د. أنور سلطان وجلال العدوى - المكان السابق، د. عبد الرازق حسن فرج - ص٥١، د. محمد السعيد رشدى - ص٤٢، د. خميس خضر - ص٥٧.

إلا أنه إذا كان إقرار المشترى بالعلم بالمبيع قد جاء نتيجة تدليس قام به البائع فإن حق المشترى فى طلب الابطال لا يسقط ومثل ذلك أن يوهم البائع المشترى بأن المبيع شيىء آخر غير الذى عين فى العقد، فيقر المشترى بأنه يعرف المبيع(١).

الجزاء المترتب على عدم علم المشترى بالمبيع:

فإذا لم يعلم المشترى بالمبيع على النحو السابق، يكون له الحق فى طلب إبطال البيع على أساس عدم علمه بالمبيع، ومؤدى هذا أن العقد فى هذه الحالة يظل صحيحا منتجا لآثاره حتى يتقرر إبطاله بناء على طلب المشترى فتزول آثاره بأثر رجعى، وتستطيع المحكمة أن تحكم بهذا الإبطال هنا، إذا لم يتمسك المشترى به، وهو صاحب الحق فيه.

وأساس إبطال العقد لعدم علم المشترى به، أن المشترى إذا لم يعلم بالمبيع فعقده غير صحيح إما لغلط فيه، وإما لأن المبيع لا

---

(١) د. سليمان مرقس – ص٤٢، د. عبد المنعم البدراوى – ص٢٥١، د. منصور مصطفى منصور –ص٧١، د. جميل الشرقاوى–ص٤٩، د. عبد الفتاح عبد الباقى–ص٤٢، د.عبد الرازق حسن فرج–ص٥٢، د. محمد على عمران–ص١٠١، وراجع: د. اسماعيل غانم–فقرة ٥١، حيث يقرر: "لا يلزم أن يتوافر فى التدليس الشروط المنصوص عليها فى المادة (١٢٥) مدنى، ومنها أن تكون الحيل التى لجأ اليها أحد المتعاقدين أو نائبه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثانى العقد، أو السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد أو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة، فلا يشترط أن يكون التدليس قد ولد غلطا فى ذهن المشترى دفعه للتعاقد بل يكفى أن يكون التدليس قد أدى إلى الحصول على اقرار المشترى بالعلم بالمبيع".

يكون معينا مع أن القانون يوجب تعيينه[1]، وخصوصية الغلط هنا من ناحيتين:

أولاً: أنه غلط خاص بوفاء العين المبيعة بالغرض المقصود منها.

ثانياً: أنه غلط يفترضه القانون، ويعفى المشترى من إثباته[2].

سقوط حق المشترى فى الابطال لعدم العلم بالمبيع:

من الواضح أن المشرع لم يعرض لتنظيم سقوط حق المشترى فى طلب الابطال لعدم العلم بالمبيع، ومن ثم فإنه يجب الرجوع الى القواعد العامة التى تقضى بسقوط الحق فى التمسك بالابطال،

---

(١) أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى - السابق - فقرة ٧٢ - وقارن: د. أنور سلطان وجلال العدوى - ص١٦٠ ومابعدها، د. اسماعيل غانم - فقرة ٥٢، د. محمد على عمران -ص ١٠٣، د. منصور مصطفى منصور ص ٧٢، د. توفيق فرج -ص ١١٠، د.خميس خضر -فقرة ٩، د. عبد المنعم البدراوى-ص١٢٣، د. عبد الفتاح عبد الباقى ص ٤٥، والسنهورى - ص١٦٢ ومابعدها، حيث يرى: أن إبطال العقد ليس إلا نتيجة لوقوع المشترى فى غلط جوهرى من حيث وفاء المبيع بالغرض المقصود، وهذا هو القدر الذى أخذ به التقنين المدنى فى خيار الرؤية ولو لم يأخذ بهذا القدر، وادعى المشترى بعد رؤية المبيع أنه وقع فى غلط جوهرى، لكان من الواجب عليه أن يثبت هذا الغلط، فتحول الغلط من غلط واجب الاثبات إلى غلط مفترض هو الأثر الذى ترتب على أخذ التقنين المدنى بخيار الرؤية.

(٢) الوسيط للسنهورى - ص١٦٤ هامش(١)، د. أنور سلطان وجلال العدوى - ص١٦٠ ومابعدها، د. جميل الشرقاوى فقرة ١٨، د. محمد على عمران ص١٠٤، وقارن: د.سليمان مرقس - الوافى - جـ٣/١ - ص٣٠٤ ومابعدها، حيث يقرر: أن أقرب تكييف لثبوت حق الفسخ للمشترى الذى لم يعاين المبيع وقت العقد اعتباره نتيجة للاتفاق على عقد البيع مع حفظ الحق للمشترى فى العدول عنه بعد المعاينة، فيعتبر العقد إما معلقا على شرط واقف هو عدم عدول المشترى بعد المعاينة، أو مقترنا بشرط فاسخ هو عدوله عن البيع بعد معاينة المبيع فيبقى مصير العقد معلقا حتى تتم المعاينة.

بالاجازة والتقادم، وبالأسباب الأخرى التى يسقط بها خيار الرؤية فى الفقه الإسلامى.

١- الإجازة:

يسقط حق المشترى فى طلب إبطال البيع لعدم العلم بالمبيع بالإجازة الصريحة أو الضمنية، ومثال الاجازة الصريحة أن يقول المشترى: رضيت أو أجزت أما الضمنية فإنها تتمثل فى اتخاذ المشترى موقفا يدل على نيته فى إمضاء العقد، كأن يتصرف فى العين المشتراه بالبيع أو أن يبنى عليها، ويشترط حتى تنتج الإجازة أثرها ويسقط الحق فى طلب الابطال، صدورها بعد علم المشترى بالمبيع.

٢- الإبطال:

يسقط حق المشترى فى التمسك بالابطال لعدم العلم بالمبيع طبقا للقواعد العامة، إذا سكت عن التمسك به خلال ثلاث سنوات تبدأ من وقت علمه بالشيىء المبيع، أو بمضى خمس عشرة سنة تبدأ من وقت انعقاد البيع أى المدتين أقصر، مادة (١٤٠) مدنى.

٣- حالات أخرى لسقوط الحق فى طلب الابطال:

وثمة حالات أخرى تؤدى إلى سقوط خيار الرؤية فى الشريعة الإسلامية، وذلك مثل:

(أ) تعيب المبيع فى يد المشترى أو هلاكه أو زيادته فى بعض الأحوال، ففى هذه الحالات، يسقط حق المشترى فى طلب الإبطال لاستحالة رد المبيع إلى البائع بالحالة التى كان عليها وقت تسليمه، وهذا رأى جانب كبير من الفقه فى مصر [1]، كما أنه يتفق مع أحكام خيار الرؤية.

(ب) تصرف المشترى فى المبيع قبل العلم به تصرفا يوجب حقا للغير:

ومن المقرر طبقا للقواعد العامة أن الإجازة لا تنتج أثرها إلا إذا صدرت ممن له الحق فيها بعد زوال العيب الذى لحق بالعقد، ومن ثم فإن قيام المشترى بالتصرف فى المبيع قبل العلم به لا يعتبر إجازة، إلا أنه لما كان المشرع قد جعل من ذكر المشترى فى عقد البيع أنه عالم بالمبيع مسقطا لحقه فى طلب الأبطال ولو لم يكن على علم به فى الواقع، فإنه يمكن بالقياس-من باب أولى- اعتبار تصرف المشترى فى المبيع قبل العلم به مانعا من حقه فى طلب الابطال[2].

---

(1) راجع: السنهورى – السابق – ص١٦٣ هامش(٢)، د. أنور سلطان وجلال العدوى – ص١٦٣، د. اسماعيل غانم – ص٨٢، د. خميس خضر-فقرة ٣٠، د. عبد الفتاح عبد الباقى – ص٤٤، د. عبد المنعم البدراوى-ص١٢٤، د. محمد على عمران – ص ١٠٤ ومابعدها، د. جميل الشرقاوى – ص٥١ هامش(١)، د. عبد الرازق حسن فرج – ص٥٦.

(2) د. منصور مصطفى منصور – ص٧٥ ومابعدها، د. عبد الرازق حسن فرج – ص٥٦.

(جـ) موت المشترى:

إذا مات المشترى فإن حقه فى طلب الابطال يسقط، وذلك ما ذهب إليه فقهاء الحنفية، لأن الخيارات لا تورث عندهم وجمهور الفقهاء على خلاف رأى الحنفية، حيث إن عندهم كل حق يتعلق بالمال يورث وحق الخيار متعلق بالمال فيورث، ومثله الأخذ بالشفعة، وقد أخذت محكمة النقض برأى الجمهور، وقررت أن الموت لا ينهى الحقوق المتعلقة بالمال، وأنها تنتقل إلى الورثة[1] ومن ثم فإن حق طلب الإبطال لعدم العلم الكافي ينتقل إلى الورثة[2].

الفرع الثانى

الغبن فى بيع عقار مملوك لناقص الأهلية

يعرف الغبن بأنه عدم التعادل بين ما يعطيه المتعاقد وما يحصل عليه من مقابل، حيث يكون أحد البدلين غير متكافىء مع الآخر فى القيمة عند التعاقد.

والغبن فى فقه الشريعة لا يبتعد عن هذا المعنى، حيث يعرف بأنه النقص فى أحد العوضين على نحو فادح، وهذا النوع من الغبن يعطى المشترى الحق فى طلب فسخ العقد إذا اشترط فى العقد على نحو ما ورد فى حديث النبى ﷺ لحبان بن منقذ: «إذا بعت فقل لا

(1) حكم محكمة النقض فى ١٩٤٦/١/٣١. مجموعة عمر - حـ٥ ص٨٠ رقم ٣٣.

(2) د. عبد الرازق حسن فرج - ص٥٧.

خلابة ولـى الخيـار ثلاثـة أيـام فـإن رضيـت فأمسك، وإن سـخطت فارددها على صاحبها[1]».

والأصـل فـى الغبـن أنـه لا يعيـب الارادة إلا اذا كـان نتيجـة استغلال أحـد المتعـاقدين فـى المتعـاقد الآخـر طيشـاً بينـا أو هـوى جامحا، وفى هذه الحالة يجوز للمتعـاقد المغبـون، أن يطلـب ابطـال العقد أو نقص التزاماته، (م ١٣٩) مدنى.

ويبدو من خـلال هـذا النـص أنـه يشـترط لابطـال العقـد بسـب الغبن أن يتوافر عنصران:

أولهما: عنصر مادى: يتمثل فى عدم التعادل بين الالتزامات نتيجـة استغلال أحد الطرفين للآخر.

ثانيهما: عنصر معنوى: أو نفسـى وهـو كـون عـدم التعـادل نتيجـة طيش أو هوى جامح استغله أحد المتعاقدين وكان دافعا للتعـاقد لدى المتعاقد الآخر، ومن ثم لا يصلح الغبن وحده للطعـن فـى العقد وفقا للقواعد العامة[2].

---

(١) راجع: صحيح البخارى مع فتح البارى - جـ٤ -ص٣٣٧، ومسند الامام أحمد - جـ٢ ص٨٠، وسنن ابن ماجه - جـ٢ ص٧٥٣، ونيل الأوطار للشوكانى - جـ٦ ص٣٣٠.

(٢) راجع: د. اسماعيل غانم- ص ٢٩١ ومابعدها. د. منصـور مصطفـى منصـور - ص٦٢، والوسيط للسنهورى-جـ٤ ص٤٩٠ ومابعدها. د. عبد الفتـاح عبـد البـاقى-فقـرة ٧٢، د.عبد الرازق حسن فرج - ص٥٧.

ومع ذلك فإن المشرع قد خرج على هذه القاعدة فيما يتعلق ببيع العقار المملوك لغير كامل الأهلية، فنص فى المادة (٤٢٥) مدنى، على أنه: "١- إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية وكان فى البيع غبن يزيد على الخمس فللبائع أن يطلب تكمله الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل، ٢- ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد على الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع".

وتنص المادة (٤٢٦) مدنى، على أنه: "١- تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن، إذا انقضت ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية، أو من اليوم الذى يموت فيه صاحب العقار المبيع، ٢- ولا تلحق هذه الدعوى ضررا بالغير حسن النية إذا كسب حقا على العقار المبيع".

كما تنص المادة (٤٢٧) مدنى، على أنه: "لا يجوز الطعن بالغبن فى بيع ثم كنص القانون بطريق المزاد العلنى".

شروط صحة الطعن بالغبن:

ويبدو من نصوص تلك المواد، أنه يشترط لصحة الطعن فى عقد البيع بالغبن أن تتوافر الشروط التالية:

(١) أن يكون المبيع عقاراً:

ويكون كذلك إذا كان حقا عينيا واردا على عقار، كحق الانتفاع أو حق الرقبة أو حق الحكر، ومن ثم فإن المبيع إذا كان

منقولاً فإنه لا يجوز الطعن فيه مهما بلغت قيمته، إلا إذا توافرت شروط الاستغلال كعيب من عيوب الإرادة، والتفرقة بين العقار والمنقول فى هذا الشرط منتقدة فى عصرنا الحالى الذى ارتفعت فيه قيمة بعض المنقولات حتى أصبحت تفوق قيمة العقارات كثيراً، وكان من الأولى بالمشرع أن يقتدى بالشريعة الإسلامية الغراء فى هذا الصدد، حيث لا تفرق بين العقار والمنقول فى الأحكام، على اعتبار أن كلا منهما يمثل عينا من الأعيان، وهى التى تقابل الدين فى الفقه الإسلامى، ومن العجيب أن تقسيم الفقه الإسلامى للأموال على هذا النحو، هو الذى أدركه الفقه الوضعى فى فرنسا والدول التى تسير فى ركابها تشريعيا بعد جهد جهيد، وبعد أن تقدم العلم وتطورت المخترعات بما أسفر عن تفوق ملموس لقيمة المنقول فى كثير من الأحيان عن العقارات، خاصة فى مجال الأجهزة الدقيقة، والآلات العلمية والطبية والحربية وغيرها، وتقسيم الفقه الإسلامى قائم منذ ما يزيد على ألف سنة ومع ذلك فإنه قد استوعب كل تلك التطورات التشريعية الوضعية الحديثة وتفوق عليها سبقا وموضوعاً[1].

---

(1) راجع فى هذا المعنى: رسالتنا للدكتوراة من كلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر-سنة ١٩٨٤ - ص٢٥٠ ومابعدها، وفى هذا المعنى أيضا راجع: د. توفيق حسن فرج - ص١٦٢، د. عبد الفتاح عبد الباقى - ص ١١٠، د. منصور مصطفى منصور - ص٦١، د. اسماعيل غانم - ص٩٤، د. عبد الرازق حسن فرج - ص٥٩، والوسيط للسنهورى - ٤٩٧، د. محمد على عمران -ص ١٤١.

(٢) أن يكون العقار مملوكا لناقص الأهلية:

وناقص الأهلية كالصبى المميز، أو المحجور عليه لسفه أو غفلة وفى حكمه -من باب أولى- معدوم الأهلية كالصبى غير المميز والمجنون والمعتوه، فإذا كان البائع كامل الأهلية، بأن بلغ سن الرشد، ولم يكن محجوراً عليه بسبب جنون أو عته أو صفه أو غفلة، فإن بيعه يكون صحيحاً، ولا يجوز الطعن فيه بالغبن مهما كان فاحشاً، إلا إذا توافرت فيه شروط دعوى الاستغلال.

وإذا كان ناقص الأهلية هو الذى قام بالبيع بنفسه، فإنه يكون له أن يطلب الطعن فى البيع بالغبن، وله فضلا عن ذلك أن يطلب إبطاله بسبب نقص أهليته، وله أن يختار بين الدعويين، أما إذا كان البائع عديم الأهلية، فإن البيع يقع باطلا بطلانا مطلقا، وبالتالى لا يكون هناك محل للطعن بالغبن.

أما إذا باشر البيع من ينوب عنه كالولى أو الوصى أو القيم فلا يكون هناك محل لرفع دعوى الابطال لنقص الأهلية، ومما هو جدير بالذكر ان قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ قد ضيق من سلطة الأولياء والأوصياء، والقيم، فاشترط لصحة البيوع التى يقومون بها الحصول على إذن من المحكمة، وللمحكمة أن ترفض هذا الإذن، إذا كان فى البيع غبن فاحش يزيد على خمس قيمة العقار، وذلك وفقا لما تقضى به المادة (٧) من القانون المذكور.

ويلاحظ أن الغائب والمحجور عليه لعقوبة جنائية، ومن أقيم له مساعد قضائي لا يعتبر أى منهم ناقص الأهلية بسبب الغيبة أو العقوبة أو العاهة، ومن ثم فإنه يسرى عليهم ما يسرى على كاملى الأهلية من أحكام فى بيع العقار [١].

(٣) أن يكون الغبن زائداً على خمس قيمة العقار وقت البيع:

ويشترط أن يقع فى البيع غبن يزيد على خمس ثمن المثل للعقار، ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد على الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع (م٤٢٥) مدنى، وبالتالى فإنه لا يعتد بتقدير قيمة العقار بوقت رفع الدعوى أو الحكم فيها [٢].

(٤) أن يقع الغبن على البائع لا على المشترى:

والبائع المغبون هو الذى يجوز له أن يطعن بالغبن طبقاً لأحكام المادة (٤٢٥) إذا كان البيع قد تم بثمن يقل عن أربعة أخماس ثمن المثل، أما إذا كان قد تم بثمن يزيد عن ثمن المثل، فلا يكون للمشترى الطعن بالغبن، وإنما يجوز له أن يطعن على أساس أن إرادته قد شابها عيب الاستغلال إذا توافرت شروط دعوى الاستغلال [٣].

---

(١) د. اسماعيل غانم، ص٩٤ وما بعدها. د. سمير تناغو – ص١٢١. د. محمد على عمران – ص١٤٢ ومابعدها. د. جميل الشرقاوى –ص ٥٤ ومابعدها.

(٢) د. سمير تناغو – فقرة ٢٩، د. جميل الشرقاوى – فقرة ١٩، د. عبد الرازق حسن فرج– ص٦١.

(٣) د. محمد على امام – فقرة ١٢٥.

ولا تدخل العقود الاحتمالية فى الطعن بالغبن، لأنها تقوم على الاحتمال الذى يعنى عدم معرفة مقدار ما سيأخذه كل واحد من المتعاقدين فيها، وإن كان من الأولى أن يترك التقدير فيها لقاضى الموضوع يفصل فيها على حسب الظروف والملابسات[1].

(٥) ألا يكون البيع قد تم بالمزاد العلنى:

وذلك فى الحالات التى يوجب القانون فيها البيع بتلك الطريقة كما فى حالة بيع أموال المدين بيعا جبريا وفاء لديونه، وبيع عقار القاصر بالمزاد العلنى، وفقاً للإجراءات المقررة فى المواد من (٤٥٩ إلى ٤٦٢) من قانون المرافعات الحالى.

ووجه الحكمة من منع الطعن بالغبن فى تلك البيوع أن القانون قد رسم لها إجراءات تكفل للبائع الحصول على أعلى ثمن ممكن ومن ثم فلا محل للطعن فى البيع بدعوى الغبن الفاحش بعد ذلك ولو أبيح الطعن فيه لأدى ذلك إلى الاحجام عن الدخول فى المزاد وقلة الثمن الذى يرسى به المزاد، وفى هذا منافاة لقصد المشرع ومصادره على المطلوب، فإذا تم البيع بالمزاد، ولكن فى غير الحالات التى يوجبها القانون، كما إذا دعا البائع من تلقاء نفسه إلى هذا المزاد، فإن الضمانات التى تكفل الحصول على أكبر ثمن

---

(١) الوسيط للسنهورى -فقرة ٢٢١، د. اسماعيل غانم - فقرة ٦٢، د. محمد على عمران- ص١٤٤ ومابعدها، د. منصور مصطفى منصور - فقرة ٣٥، د. عبد الرازق حسن فرج- ص٦٢.

ممكن لا تتحقق وبالتالى يجوز الطعن فى البيع بالغبن فى هذه الحالة[1].

أثر وجود الغبن (دعوى تكملة الثمن):

إذا توافرت الشروط السابقة، كان للبائع أن يطعن فى البيع بالغبن مطالبا بتكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل، وترفع دعوى تكملة الثمن من الشخص الذى بيع عقاره، بعد أن يستكمل أهليته، أى بعد بلوغه سن الرشد أو رفع الحجز عنه، أو من ورثته بعد وفاته، كما يجوز أن يرفعها الولى أو الوصى أو القيم حالة ما إذا قام بالبيع ناقص الأهلية نفسه[2].

وتسقط دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن بانقضاء ثلاث سنوات من وقت اكتمال أهلية البائع، أو من وقت موته قبل أن تكتمل أهليته (م٤٢٦/١) مدنى.

وهذه المدة مدة تقادم، وليست مدة سقوط، ولهذا فإنه يسرى عليها انقطاع التقادم، ولكن هذه المدة لا يرد عليها الوقف لأن التقادم الذى لا تزيد مدته على خمس سنوات لا يرد عليه الوقف بسبب عدم توافر الأهلية، ولو لم يكن للدائن نائب يمثله قانونا (م٣٨٢/٢) مدنى.

---

(1) د. منصور مصطفى منصور – فقرة ٣٥، د. اسماعيل غانم – فقرة ٦٢. د. عبد الرازق حسن فرج – ص٦٣.

(2) د. عبد المنعم البدراوى – فقرة ١٥٤، د. أنور سلطان وجلال العدوى –ص١٦٧.

ويجوز لمن اكتملت أهليته أن يتنازل عن الدعوى، ولا يجوز له التنازل قبل ذلك، كما لا يجوز للولى، ولا للمحكمة أيضا[1]، كما تسقط دعوى الابطال أيضاً بانقضاء ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية أو من وقت موت البائع[2].

وإذا رفعت دعوى تكملة الثمن فى ميعادها، وكانت مستوفية لشروطها، فإنه يجب على القاضى أن يحكم بتكملة الثمن إلى أربعة أخماس قيمة المبيع لا إلى ثمن المثل كاملا، هذا ويعتبر فرق الثمن المحكوم به على المشترى جزءاً من الثمن فيكون مضمونا بامتياز البائع، بشرط إجراء قيد له، وتكون مرتبة هذا الامتياز من تاريخ إجراء هذا القيد التكميلى، وللبائع كذلك أن يطلب فسخ البيع إذا امتنع المشترى عن الوفاء به طبقا للقواعد العامة[3].

وإذا توصل البائع إلى فسخ البيع، فإن الفسخ بحسب الأصل يترتب عليه زوال العقد بأثر رجعى وعودة العقار المبيع، ولكن المشرع هنا قد حرص على حماية الغير حسن النية فى المادة (٢/٤٢٦) التى تقضى بأنه: "لاتلحق هذه الدعوى (دعوى تكملة الثمن)، ضرراً بالغير حسن النية إذا كسب حقا عينيا على العقار المبيع، وهذا الحكم يعتبر تطبيقا للقاعدة العامة المنصوص عليها فى

---

(١) الوسيط للسنهورى – فقرة ٢٢٣ – د. عبد الرازق حسن فرج – ص٦٤.

(٢) السنهورى – المكان السابق – د. عبد الفتاح عبد الباقى –فقرة ٧٤.

(٣) فى هذا المعنى: مجموعة الأعمال التحضيرية – جـ٤ ص٤٠.

المادة (١٧) من قانون الشهر العقارى، وبالتالى فإنه إذا كان المشترى قد رتب حقا عينيا على العقار المبيع كحق الرهن أو حق الانتفاع أو حق الارتفاق، فإن الفسخ لا يضر بصاحب الحق العينى، بشرط أن يكون حسن النية، وقت اكتساب حقه، وفى هذه الحالة يعود العقار إلى البائع محملا بالحق العينى.

وإذا كان المشترى قد تصرف بدوره فى العقار المبيع بالهبة أو البيع إلى شخص حسن النية سجل عقده، ففى هذه الحالة تستقر الملكية للمشترى حتى لو قضى له بالفسخ لصالح البائع.

ومن المعروف أن المشترى يعتبر سيىء النية بمجرد شهر دعوى فسخ البيع لعدم تكملة الثمن، ويجب حتى يحتفظ الغير بحقه العينى على العقار بالرغم من فسخ البيع، أن يكون قد أشهر حقه فى تاريخ سابق على شهر دعوى الفسخ[١].

---

(١) د. أنور سلطان وجلال العدوى – ص١٦٩، د. جميل الشرقاوى–فقرة ١٩، د. اسماعيل غانم–فقرة ٦٣، د. عبد المنعم البدراوى–فقرة ١٥٥، د. عبد الفتاح عبد الباقى–فقرة ٧٤، د. منصور مصطفى منصور–فقرة ٣٧، د.محمد على عمران–ص١٤٨، د. خميس خضر–فقرة ٦٤، د.سمير تناغو–ص١٣٠، د.عبد الرازق حسن فرج–ص٦٥، والوسيط للسنهورى–ص ٥٠٤ ومابعدها.

المبحث الثانى

بعض الصور الخاصة للتراضى فى عقد البيع

التراضى فى عقد البيع قد يقترن بأوصاف خاصة، كأن يكون مقترنا بالشرط، أو مضافا إلى أجل، كما يجوز تعليقه على شرط فاسخ، وهذه الأوصاف تحكمها المبادىء العامة فى نظرية الالتزام وليست هناك أحكام خاصة يختص بها عقد البيع فى هذا الشأن، إلا أن هناك بعض صور التراضى التى قد تصاحب عقد البيع، كالوعد بالبيع أو بالشراء، وهناك البيوع الموصوفة، ونبين ذلك فى مطلبين:

المطلب الأول

الوعد بالبيع أو بالشراء

يلاحظ أن التقنين المدنى الحالى لم يعرض لتنظيم الوعد بنصوص خاصة، وذلك اكتفاء بما ورد بشأن الوعد بالتعاقد فى النظرية العامة للالتزامات فى المادتين (١٠١،١٠٢) مدنى، وهما تنطبقان على البيع.

أما المادة (١٠١) مدنى، فقد بينت الوعد بالتعاقد بصفة عامة حيث قالت: "١- الاتفاق الذى يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين فى المستقبل لا ينعقد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد ابرامه، والمدة التى يجب إبرامه فيها، ٢-وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين، فهذا الشكل

تجب مراعاتة أيضاً في الاتفاق الذى يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد".

وأما المادة (١٠٢) مدنى، فقد بينت حكم الوعد بالتعاقد فقالت: "إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم متى حاز قوه الشيىء المقضى به مقام العقد".

صور الوعد بالبيع:

ويبدو من نص المادة (١/١٠١) مدنى، أن للوعد بالبيع ثلاث صور: حيث إن الوعد قد يكون بالبيع من جانب واحد، وقد يكون بالشراء من جانب واحد، كما قد يكون وعدا متبادلا بالبيع والشراء.

أولاً: الوعد بالبيع من جانب واحد:

هو عقد يتضمن وعدا بالبيع من شخص لآخر، بأن يبيعه شيئا معينا بثمن معين وبشروط معينة، إذا ما عبر الموعود له عن رغبته فى الشراء فى خلال مدة معينة، ويلزم الوعد الواعد وحده، أما من صدر له الوعد فلا يلتزم بالشراء إلا إذا أبدى رغبته فى ذلك، فيصبح الوعد بيعاً باتاً، والوعد بالبيع من جانب واحد لا يعتبر

[illegible]

فى حالة الوعد فهو عقد الوعد[1].

وقد ضرب الفقه أمثلة عديدة للوعد بالبيع الملزم لجانب واحد ومنها: أن يريد شخص انشاء مصنع على أرض معينة، فيستأجرها من صاحبها ويقيم عليها هذا المصنع، ويحصل فى الوقت نفسه من المالك لها على وعد بالبيع، إذا رغب هو فى شراء هذه الأرض فى خلال مدة معينة[2].

ولما كان الوعد بالبيع عقدا فإنه يجب أن تتوافر فيه الشروط العامة لانعقاد العقد، وهى تلاقى الايجاب والقبول، وتطابقهما على ماهية الوعد بالبيع، وأن تعين جميع العناصر الجوهرية لانعقاد البيع، وهى المبيع والثمن، والمدة التى يجب فيها إبرام البيع صراحة أو ضمنا[3].

ويشترط لصحة عقد الوعد بالبيع، أن تتوافر فى طرفيه الأهلية وقت صدور الوعد، بأن يكون الواعد أهلا للتصرف وقت الوعد[4].

---

(1) د. عبد الرازق حسن فرج-ص٦٧، د. محمد على عمران-ص٥٨ ومابعدها، د. جميل الشرقاوى-ص٨١.

(2) الوسيط للسنهورى-جـ٤ فقرة ٢٧، حيث ذكر أمثلة كثيرة للوعد بالبيع الملزم لجانب واحد، وراجع: د. سمير تناغو-فقرة ١٢، د. عبد المنعم البدراوى-فقرة ٨٨، الهلالى وحامد زكى-ص٩٠، د. عبد الودود يحيى-ص٢٤ ومابعدها.

(3) راجع فى هذا المعنى: حكم محكمة النقض المدنى فى ١٩٦٤/١/٢٣ - المجموعة ١٥ ص١١٥.

(4) أنور سلطان وجلال العدوى - ص١٣٤ ومابعدها - د. عبد الودود يحيى - ص٢٦.

أما بالنسبة للموعود له، فإنه ينظر إلى وقت إبداء رغبته وهو الوقت الذى صار فيه العقد نهائيا سواء بالنسبة لعيوب ارادته أو بالنسبة لأهليته فى ابرام العقد الموعود به، وإذا كان الوعد متبادلاً بالبيع والشراء، وجب أن تتوافر فى الطرفين معا أهلية التصرف.

ويجب أن يتوافر فى الوعد بالعقد بصفة عامة الشكل الذى يستلزمه القانون فى العقد الأصلى، وذلك وفقا لما تنص عليه المادة (١٠١/٢) من القانون المدنى، بقولها: "إذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين، فهذا الشكل يجب مراعاته أيضا فى الاتفاق الذى يتضمن الوعد بابرام هذا العقد، كما هو الشأن فى حالة الوعد ببيع سفينة مثلا"[1].

أثر الوعد بالبيع:

ويترتب على قيام عقد الوعد بالبيع أن يصبح الموعود به دائنا للواعد بحق شخصى، لأن حقه العينى لا يوجد إلا من وقت البيع النهائى، ويترتب على ذلك أن يبقى الواعد مالكا للشيىء الموعود ببيعه ولثماره وحاصلاته، كما يلزم الواعد بابرام البيع إذا أعلن الموعود له رغبته فى ذلك خلال المدة المعينة، كما يلزم الواعد بالامتناع عن التصرف فى الشيىء طوال المدة التى يجوز للموعود له إبداء رغبته بالشراء فيها، وإلا كان مخلاً بالتزامه قبل الموعود

(١) د. توفيق فرج – عقد البيع ١٩٨٥–ص٦٦ هامش (٣)، د. جميل الشرقاوى – ص٨٢، د. عبد الودود يحيى–ص٢٥، د. محمد السعيد رشدى–ص٦٠.

لـه والـتزم بتعويضـه عـن هـذا الاخـلال طبقـا لقواعـد المسـئولية العقدية[1].

وإذا هلك الشيىء الموعود ببيعه هلاكا كليا يفعل القوة القـاهرة فإنه يهلك على الواعد، لأنه المالك، ولا ينعقد البيع لتخلـف المحـل، ولا يلزم الواعد بأى تعويض[2].

الوعد بالتفضيل:

وقد يتخذ البيع من جـانب واحـد صـورة خاصـة تسـمى الوعـد بالتفضيل، وفيها يتعهـد الواعـد بتفضيـل الموعـود لـه كمشـتر علـى غيره إذا ما رغب فى البيع خلال مدة معينة، فإذا مـا قبـل الموعـود له انعقد البيع.

ويذهب الرأى الراجح فى الفقه إلى أن الوعد بـالتفضيل يعتـبر وعـدا بـالبيع معلقـا علـى شـرط واقـف، وهـو قيـام الواعـد بعـرض الشيىء للبيع، والشرط هنا ليس شرطاً إرادياً محضاً، لأن تحققه، لا يتوقف على محض مشيئة الواعد، بل قد تضطره الظروف المختلفة التى يوجد فيها إلى البيع[3].

---

(1) د. خميس خضر – ص٣٠ ومابعدها.

(2) راجع فى تفصيل هلاك الشيىء الموعود ببيعه فى الفقهين المصرى والفرنسى، د.أنور سلطان وجلال العدوى – ص١٢٦.

(3) يرى الدكتور عبد المنعم البدراوى: أن الوعد بالتفضيل هو فى الحقيقـة وعـد بـالبيع فـى طريق التكوين، ويترتب عليه منع الواعد من التعـاقد على البيـع مـع شـخص آخـر غـير الموعود له–فقـرة ١٠٤ ص ١٥٧، وراجـع: الوسـيط للسـنهورى فقـرة ٣٢، د. جميـل الشرقاوى–فقرة ٣٣، د. اسماعيل غانم ص ١٠٤، د. محمـد علـى عمـران فقـرة ٢٧، =

ويشترط فى الوعد بالتفضيل توافر العناصر الجوهرية للبيع الموعود بالتفضيل فيه، كبيان الشيىء الموعود بالتفضيل فى بيعه، والمدة التى يجب على الواعد أن يعرض الشيىء خلالها إذا أراد بيعه، وأما بالنسبة للثمن فإنه يجوز أن يحدد على ضوء ما يعرضه الغير.

ويختلف الوعد بالتفضيل عن الوعد بالبيع، فالواعد لا يلتزم بالبيع، بل يلتزم بأن يعرض على الموعود له أن يشترى منه إذا ما رغب فى بيع ما يملكه، أى أن الالتزام قاصر على الزام الواعد بتفضيل الموعود له في البيع(١).

ثانياً: الوعد بالشراء من جانب واحد:

وقد يكون الوعد بالشراء من جانب واحد فقط، كما إذا وعد شخص آخر بأن يشترى منه شيئا معينا بثمن معين، إذا قبل الموعود له البيع فى خلال مدة معينة، فالوعد هنا ملزم لجانب واحد، هو الواعد بالشراء، أما صاحب الشيىء فإنه لا يلتزم بالبيع فإذا ما أبدى رغبته انعقد البيع منذ اللحظة التى أبدى فيها هذه الرغبة(٢).

=د.عبد الرازق حسن فرج – ص٦٧ ومابعدها. د. خميس خضر–ص ٦٩، د. سمير تناغو–ص ٥١، د. منصور مصطفى منصور–ص ٨٧، د. عبد الودود يحيى–ص ٢٧.

(١) د. جميل الشرقاوى – فقرة ٣٣، د. اسماعيل غانم – فقرة ٦٩، د. عبد الرازق حسن فرج – ص٦٨.

(٢) الوسيط للسنهورى – فقرة ٣٥، د. محمد على عمران – ص٦٥، الهلالى وحامد زكى– ص ١٠٠.

وحتى يكون الوعد بالشراء صحيحا، فإنــه يجـب أن تحـدد فيـه كافة العنــاصر الجوهريـة للعقد المـراد إبرامـه، فيجـب أن يتضمـن تحديداً للمبيع والثمن، وأن يتضمن أيضا بيانا بالمدة التى يجب علـى الموعود له (البائع) أن يبدى رغبتـه فـى أثنائهـا، وليـس هـذا سـوى تطبيق للقواعد العامة، الخاصة بالوعد بالتعاقد[1].

ثالثاً: الوعد المتبادل بالبيع والشراء:

وفى هذه الصورة يعد أحد المتعاقدين المتعاقد الآخـر أن يبيعـه شيئا معينا إذا ما أبدى رغبته فى ذلك، ويعده الآخر بأن يشترى هذا الشيىء إذا ما أبدى هذه الرغبة، أى أن كلا منهما يعد موعـودا لـه وواعدا فى آن واحد معا، وفى هذه الحالة يعتبر الوعـد ملزمـا لكـل من الطرفين، فيلتزم الطرف الأول بالبيع إذا ما أبدى الآخر رغبتـه فى الشراء، ويلتزم الآخـر بالشـراء إذا مـا أبـدى الأول رغبتـه فـى البيع، مع ملاحظة أنهما لم يقصدا ابرام العقد فــى الحـال، وإلا كـان العقد بيعا لا مجرد وعد وإنما قصدا إرجاء انعقاده إلـى حيـن إبـداء كل منهما رغبته فى هذا الانعقاد[2].

---

(1) د. محمد على عمران – المكان نفسه.

(2) د. جميل الشرقاوى – ص ٧٦، د. خميس خضر – فقرة ٣٥، د. عبد المنعم البدراوى فقرة ٨٧، د. توفيق فرج فقرة ٣٩، د. عبد الرازق حسن فرج–ص ٦٩، د. محمد علـى عمران –ص ٦٦ ومابعدها.

البيع الابتدائى والوعد:

ويجب عدم الخلط بين عقد البيع الابتدائى الوارد على عقار والوعد بالبيع وبالشراء، فالبيع الابتدائى عقد بات، ومقتضاه يلتزم أحد الطرفين بالبيع والآخر بالشراء على أن يقوما، بتحرير عقد البيع النهائى، فى خلال مدة معينة، وكل ما هنالك أن نقل الملكية من البائع إلى المشترى لا يتم إلا بالتسجيل، ولهذا فإن البيع الابتدائى يختلف عن الوعد المتبادل بالبيع والشراء الذى لا يعتبر بيعاً نهائياً، ولا تترتب عليه آثاره فى الحال بل تترتب هذه الآثار عند إبداء الموعود له رغبته فى إبرامه فلا يلتزم الواعد بالبيع بالتزامات البائع إلا عند إبداء الطرف الآخر رغبته فى الشراء، وكذلك فإن الواعد بالشراء، لن يلتزم بالتزامات المشترى إلا عند إبداء الطرف الآخر رغبته فى البيع فعقد البيع الابتدائى يعتبر بيعاً، وليس وعداً تبادلياً بالبيع والشراء[1].

(1) د. أنورسلطان وجلال العدوى - فقرة ٢٠٦، د. اسماعيل غانم-فقرة ٦٧، د. عبد الرازق-ص ٦٨، وقد قضت محكمة النقض فى حكم لها بتاريخ ١٩٤٦/١٢/٢٦ فى الطعن رقم ٣ لسنة ١٦ ق: أن وصف العقد بأنه ابتدائى أخذا بالعرف الذى جرى على إطلاق هذا الوصف على عقود البيع التى لم تراع فى تحريرها الأوضاع التى يتطلبها قانون التسجيل، ولا يحول دون اعتبار البيع باتا لازما، فإنه يثبت الحق فى الشفعة بمجرد تمامه لكل من قام به سبب من أسبابها"، مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض- جـ١ ص٧١٤ - رقم ٥١.

المطلب الثانى

البيوع الموصوفة

والبيوع الموصوفة نوع من البيع اعتراه وصف يؤثر فى طبيعته أو يحد من آثاره، وذلك كالبيع بشرط التجربة، وبيع المذاق والبيع بالعينة، والبيع بالعربون، ونحدد لكل واحد من تلك البيوع فرعاً.

الفرع الأول

البيع بشرط التجربة

وهو نوع من البيع يحتفظ المشترى فيه بحقه فى تجربة البيع لمعرفة مدى مناسبته له أو مدى صلاحيته للغرض الذى أعد له.

وقد يتفق المتعاقدان فى العقد صراحة علىحق المشترى فى تجربة المبيع، وقد يستفاد شرط التجربة ضمنا من عادات وظروف التعامل أو طبيعه الشيىء المبيع، كما هو الشأن بالنسبة لشراء الملابس الجاهزة المعدة للاستعمال الشخصى، حيث تجرى العادة بأن يقوم المشترى بارتدائها لمعرفة مقاسها، وهذا نوع من التجربة، وكما فى شراء السيارات المستعملة، وغيرها حين يقوم المشترى بتجربتها للتأكد من صلاحيتها، وكما هو الحال فى شراء الراديوهات، والتليفزيونات[1].

---

[1] د. توفيق فرج – فقرة ١٠٠، د. عبد المنعم البدراوى – فقرة ١١٠، د. منصور مصطفى منصور – فقرة ٤٩، د. جميل الشرقاوى–فقرة ٢٦، والوسيط للسنهورى–فقرة ٦٨، =

وقد نصت المادة (٤٢١) مدنى، على أنه: "١- فى البيع بشرط التجربة يجوز للمشترى أن يقبل المبيع أو يرفضه، وعلى البائع أن يمكنه من التجربة، فإذا رفض المشترى المبيع، وجب أن يعلن الرفض فى المدة المتفق عليها، فإن لم يكن هناك اتفاق على المدة ففى مدة معقولة يعينها البائع فإذا انقضت هذه المدة، وسكت المشترى مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولا".

طبيعة البيع بشرط التجربة:

والأصل أن يكون البيع بشرط التجربة بيعا معلقا على شرط واقف هو قبول المشترى المبيع بعد تجربته، ما لم يتفق المتعاقدان صراحة أو ضمنا على اعتباره بيعا معلقا على شرط فاسخ، هو عدم قبول المشترى المبيع بعد تجربته، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (٤٢١ مدنى) بقولها: "ويعتبر البيع بشرط التجربة بيعاً معلقاً على شرط واقف هو قبول المبيع، إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ".

ومفاد ذلك أنه فىالبيع بشرط التجربة تتوقف كل آثار العقد إلى أن يقبل المشترى المبيع بعد تجربته، فإذا تحقق الشرط أصبحت كل آثار العقد نافذة من وقت التعاقد، ما لم يتفق المتعاقدان صراحة أو ضمنا على اعتبار البيع بشرط التجربة معلقا على شرط

=د.عبد الرازق حسن فرج-ص ٧٤، د. جمال زكى - السابق-ص ١٢١، د. محمد السعيد رشدى-ص ٤٨.

فاسخ، فتترتب آثار العقد فور انعقاده، بحيث إذا رفض المشترى المبيع زال العقد بكل آثاره، ويكون لهذا الزوال أثر رجعى[1].

حكم البيع بشرط التجربة:

وإذا ما ثبت حق المشترى فى تجربة المبيع على هذا النحو فإنه يكون على البائع أن ييسر له القيام بهذه التجربة، حيث يقع على عاتق البائع التزام إضافى يتمثل فى تمكين المشترى من تجربة المبيع، طبقا لما يتفق عليه بينهما، أو وفقا لما يقضى به العرف ومبادئ العدالة[2].

ويلتزم المشترى بالتجربة خلال المدة المحددة لذلك، فإن لم يقم بها كان للبائع أن يعذره بالقيام بها، ولما كان العقد فى هذه الحالة معلقا على شرط واقف بحسب الأصل، فإن عدم قيام المشترى بالتجربة خلال المدة المحددة مع تمكنه من ذلك، يؤدى إلى منع تحقق الشرط من جانبه ومن ثم يعتبر الشرط متحققا بمجرد مرور المدة، ويكون للبائع أن يعتبر البيع نهائيا، كما أن انقضاء الميعاد

---

(1) د. خميس خضر – ص ٦٣ ومابعدها. والوسيط للسنهورى–فقرة ٧٠، د. عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٣١، د. منصور مصطفى منصور–فقرة ٤٩، د. محمد على عمران – ص ٧٥ ومابعدها.

(2) وللمشترى أن يطلب من البائع عند امتناعه عن هذا الالتزام أن يقوم بتنفيذه عينا إن كان ممكنا وله أن يحكم عليه بغرامة تهديدية لحمله على تمكين المشترى من التجربة، كما يجوز للمشترى أن يطلب الفسخ مع التعويض، إن كان له محل، فى هذا المعنى: د.خميس خضر –ص٦٤، د. جميل الشرقاوى–فقرة ٢٦. د. محمد السعيد رشدى–ص ٤٩.

مدى حرية المشترى فى القبول أو الرفض:

وقد أثير تساؤل فى الفقه حول ما إذا كان للمشترى الحريه المطلقة فى قبول المبيع أو رفضه أم أنه مقيد فى ذلك؟.

ووفقا لما تقضى به المادة (١/٤٢١) مدنى، يجوز للمشترى فى بيع التجربة أن يقبل المبيع أو يرفضه، وجاء فى المذكرة الايضاحية: "أن للمشترى حرية القبول أو الرفض فهو وحده الذى يتحكم فى نتيجة التجربة، إذ المفروض أن يكون المبيع من الأشياء التى يتطلب فيها أن تناسب المشترى مناسبة شخصية فهو وحده الذى يستطيع أن يقرر ذلك[٢].

وبناء على ذلك يكون للمشترى الحرية المطلقة فى قبول المبيع أو رفضة، دون إبداء الأسباب إذا كان المبيع يستجيب لحاجة شخصية خاصة بالمشترى، كالملابس الجاهزة إذا ناسبت استعماله الشخصى، وليس للبائع إذا ما رفض المشترى المبيع بعد تجربته، أن يثبت أنه كان ملائما للغرض الذى كان يريده المشترى[٣].

---

(١) د. توفيق فرج – فقرة ١٠٣، د. عبد الفتاح عبد الباقى – فقرة ٣١، د. أنور سلطان وجلال العدوى – فقرة ٢[illegible]، د. عبد المنعم البدراوى–ص ١٧٠، د.منصور مصطفى منصور – ص ٨٥، د. جميل الشرقاوى–فقرة ٢٦، د. اسماعيل غانم–ص١٠٩، د. عبد الرازق حسن فرج – ص ٧٧، د. محمد على عمران–ص ٧٤.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية – جـ٤ ص٢٦.

(٣) د. عبد المنعم البدراوى–فقرة ١١٢، د. اسماعيل غانم – فقرة ٧٣.

أما إذا كان المقصود من التجربة هو استبيان مدى صلاحية المبيع للغرض المقصود منه لا مناسبته لحاجة المشترى الشخصية كأن يكون آلة ميكانيكية، فلا يجوز للمشترى رفض المبيع، إلا إذا بين وجه عدم صلاحيته، وإلا خضع هذا الرفض لرقابة القضاء، وللقاضى أن يستعين بأهل الخبرة لمعرفة مدى ملاءمة المبيع للأغراض المقصودة منه[1].

فإذا ثار الشك حول مقصدهما، فمن المفروض أن يعول على مناسبة المبيع لحاجة المشترى الشخصية، ويكون له الحرية المطلقة فى القبول أو الرفض[2].

الفرع الثانى

بيـــــع المذاق

من أنواع المبيع ما لا يمكن الحكم عليه إلا بعد تذوقه كالزيوت والخل وبعض المأكولات، ومن ثم لا يكون البيع فى مثلها باتا فى معظم أحواله إلا إذا تذوقه المشترى، ووافق عليه، وأعلن هذه الموافقة إلى البائع فى المدة المتفق عليها، وقد حرص المشرع المصرى على أن يبين حكم بيع المذاق، فنص فى المادة (٤٢٢) مدنى، على أنه: "إذا بيع الشيىء بشرط المذاق، كان للمشترى أن

---

(١) د. محمد على عمران–ص ٧٣، د. عبد الرازق حسن فرج–ص ٧٨، والمراجع المشار إليها فيه.

(٢) الوسيط للسنهورى – جـ٤–فقرة ٦٩.

يقبل المبيع إن شاء، ولكن عليه أن يعلن هذا القبول في المدة التي يعينها الاتفاق أو العرف، ولا ينعقد البيع إلا من الوقت الذى يتم فيه هذا الاعلان".

وإذا اشترط المشترى على البائع ألا يتم البيع إلا إذا ذاق المبيع فإن البيع لا ينعقد إلا من الوقت الذى يعلن فيه المشترى، قبوله المبيع خلال المدة المحددة لذلك، ولا يكون للبيع أثر إلا منذ اللحظة التى يتم فيها هذا القبول، وقبل ذلك لا يوجد بيع وإنما مجرد وعد بالبيع من جانب البائع وحده[1].

التفرقة بين بيع المذاق وبيع التجربة:

ويقرر الفقه أن هناك فروقا بين بيع المذاق وبيع التجربة وهذه الفروق تتمثل فيما يلى:

أولاً: فى بيع التجربة:

إذا قبل المشترى المبيع تحقق ذلك بأثر رجعى، لأنه بيع معلق على شرط واقف، إلا إذا اتضح من الظروف أنه معلق على شرط فاسخ.

---

(1) يستفاد ذلك من نص المادة ٤٢٢ مدنى، وراجع: مجموعة الأعمال التحضيرية - حـ٤ ص٢٨ وراجع: أنور سلطان وجلال العدوى - ص١٤٢، حيث يقرر: "إذا كان نص المادة (٢٢) قد عبر عن البيع بالمذاق، بأنه بيع بشرط المذاق، فالواقع أنه قد خانه التعبير لأن الأحكام التى قررها قاطعة فى أنه ليس بيعا معلقا على شرط، وإنما صورة خاصة من صور الوعد بالبيع".

أما فى البيع بشرط المذاق فهو فى حقيقته، وعد بالبيع فلا ينعقد إلا من وقت إعلان قبول المشترى، دون أن يكون لذلك أثر رجعى يرتد إلى يوم البيع.

ثانياً: فى بيع التجربة:

يعتبر سكوت المشترى عن ابداء رغبته فى المدة المحددة قبولاً منه للبيع، بينما السكوت فى بيع المذاق يعتبر رفضا للبيع وبمقتضاه يتحلل الواعد من وعده[1].

ثالثاً: هلاك الشيىء المبيع قبل مذاقه يقع على البائع.

رابعاً: إذا افلس البائع، قبل قبول المشترى فى بيع المذاق، فإن المشترى لا يستأثر بالشيىء وحده دون جماعة الدائنين على خلاف البيع بشرط التجربة، فإن المشترى يستأثر بالشيىء المبيع دون جماعة الدائنين، لأنه يعتبر مالكا له منذ ابرام البيع وليس من وقت قبوله للمبيع.

خامساً: إذا وقع حجز على الشيىء من قبل دائن البائع فى بيع المذاق قبل قبول البيع، فإن هذا الحجز يعتبر سارياً فىمواجهة المشترى على خلاف الحكم فى البيع بشرط التجربة[2].

---

(1) د. عبد الرازق حسن فرج-ص ٧٩ ومابعدها، د. عبد المنعم البدراوى-فقرة ١١٤، والوسيط للسنهورى فقرة ١١٤، د. سمير تناغو-فقرة ٢٢، ويرى جانب من الفقه أنه من الأولى اعتبار بيع التجربة كبيع المذاق، بجرد وعد بالبيع، د. اسماعيل غانم فقرة ٧٣.

(2) الوسيط للسنهورى - جـ٤ فقرة ٧٥، د. جميل الشرقاوى - فقرة ٢٧، د. عبد الرازق حسن فرج-ص ٨٠، د. توفيق فرج-فقرة ٢٤، وراجع: د. أنور سلطان وجلال العدوى-ص ١٤٣، د. محمد على عمران-ص ٨٠.

حكم بيع المذاق:

ووفقاً لما انتهى إليه الفقه فى اعتبار بيع المذاق وعدا بالبيع فإنه لا يوجد بيع ما دام الموعود له لم يظهر رغبته فى الشراء ولا يترتب على هذا الوعد آثار عقد البيع، وتظل ملكية الشيىء الموعود ببيعه للواعد، ويتحمل تبعة هلاكه.

والذى يترتب على هذا الوعد التزام الواعد بتمكين الموعود له من المذاق، فى الزمان وفى المكان، وبالكيفية التى يجرى عليها الاتفاق، أو وفقا لما يقضى به العرف، فإذا أخل الواعد بالتزامه، جاز للموعود له، أن يحصل على حكم بالزامه بدفع غرامة تهديدية لحمله على التنفيذ، ويجوز له أن يطالب بالتعويض إن كان له محل.

وللموعود له الحق فى قبول المبيع، إذ هو وحده الذى يقرر مدى مناسبته لذوقه الشخصى، وعليه أن يعلن البائع بقبوله فى المدة التى يحددها الاتفاق أو العرف، فإذا رفض قبول المبيع أو ترك المدة المحددة لاعلان رغبته، تنقضى، دون أن يعلن عن قبوله، اعتبر سكوته رفضا للشراء، وحالتئذ يتحلل الواعد من وعده بالبيع، وفى هذا يختلف البيع بشرط المذاق، عن البيع بشرط التجربة، حيث يعتبر سكوت المشترى فيه عن إبداء رأيه فى المدة المحددة قبولاً للمبيع(1).

---

(1) د. أنور سلطان وجلال العدوى-فقرة ٢٠٣، د. منصور مصطفى منصور-فقرة ٥١، د.سمير تناغو-فقرة ٢٢، د. عبد الفتاح عبد الباقى-فقرة ٣٢، د. عبد الرازق حسن فرج-ص ٨١.

الفرع الثالث

البيع بالعينة، أو الأنموذج

وقد يتم البيع بالعينة أو النموذج، وفيه يتفق كل من المتعاقدين على أن يكون البيع على أساس عينة يقوم البائع بتقديمها للمشترى فإذا ما تم الاتفاق على أساس هذه العينة أو النموذج، كان على البائع أن يسلم إلى المشترى الشيىء المبيع مطابقا لهذه العينة المتفق عليها.

ويعرض هذا البيع كثيراً فى العمل، فالذى يبيع سمر يقدم كمية صغيرة منه. والذى يبيع القماس: يعرض قطعة صغيرة منه تكشف عن نوع المبيع[1].

والبيع بالعينة عند من يجيزونه من فقهاء الشريعة، كما أنه فى القانون يعتبر طريقاً لتعيين المبيع يغنى عن وصفه كما يغنى عن رؤيته[2].

وفى البيع بالعينة تنص المادة (٤٢٠) مدنى، على أنه: "١- إذا كان البيع بالعينة وجب أن يكون البيع مطابقا لها، ٢- وإذا تلفت العينة أو هلكت فى يد أحد المتعاقدين ولو دون خطأ، كان على

---

(١) وهذه الصورة من البيع تقابل بيع النموذج الذى قال به فقهاء الحنفية، وحكموا بجوازه على أساس أن العلم بالعينة يعطى علما كافيا بالمبيع يصلح معه للقول بجوازه، فى هذا المعنى: حاشية ابن عابدين على الدر المختار- جـ٤ ص١٠١.

(٢) الوسيط للسنهورى – فقرة ١٢٤، د. عبد المنعم البدراوى-فقرة ١٠٨، د. عبد الرازق حسن فرج – ص٨٢.

المتعاقد بائعا أو مشتريا، أن يثبت أن الشيىء مطابق للعينة أو غير مطابق".

حكم البيع بالعينة:

ويتضح من هذا النص أنه فى حالة البيع بالعينة، يجب أن يكون المبيع مطابقا لها، وأما عن حكم البيع بالعينة فإنه يعتبر بيعا باتا لدى بعض الفقهاء[1]، بينما يرى جانب آخر من الفقه أن بيع العينة يعتبر بيعا معلقا على شرط فاسخ، أى أن المشترى يلتزم منذ البداية، ولكن اشتراط زوال العقد حاصل أن تبين عدم مطابقة المبيع للعينة[2].

والرأى الراجح فى نظرنا؛ هو الراى الأول، لأنه الموافق لقصد المتعاقدين وطبيعة العقد، وعليه، فإنه يجب أن يكون المبيع مطابقا للعينة على نحو تام، وللمشترى أن يرفض تسلم المبيع، إذا لم يجده موافقا للعينة، حتى ولو أثبت البائع أن المبيع أفضل من العينة نوعاً أو أكثر منها قيمة، فالوفاء يتم بما التزم المدين به أصالة ولا يجبر العاقد على قبول شيىء آخر، غيره حتى ولو كان أفضل منه[3].

---

(1) السنهورى – المكان السابق – د. عبد المنعم البدراوى – السابق.

(2) د. جميل الشرقاوى – فقرة ٢٨.

(3) السنهورى–فقرة ١٢٥، د. عبد الرازق حسن فرج–السابق، وراجع: حكم النقض المدنى بتاريخ ١٩٤٨/١٢/٩، والذى يقضى بأن: "البائع لا تبرأ ذمته إلا إذا قدم بضاعة تطابق العينة التى جرى التعاقد عليها وليس للبائع أن يجبر المشترى على قبول بضاعة =

أما فى حالة مطابقة المبيع للعينة، فإن المشترى لا يستطيع رفضه، حتى لو وجده غير ملائم لحاجته، إلا أنه إذا كان الفرق بين المبيع والعينة تافها بحيث لا يؤثر على صلاحية المبيع للغرض الذى اشترى من أجله، ففى هذه الحالة يجب على البائع أن يعوض المشترى عن النقص فى جوده المبيع، وذلك بانقاص الثمن[1].

وإذا ادعى المشترى أن المبيع غير مطابق للعينة وكانت هذه العينة موجودة لديه أو لدى البائع، فإنه يقع على البائع عبء اثبات مطابقة المبيع للعينة، ويجوز فى هذه الحالة الاستهدا! برأى الخبير علما بأن رأيه غير ملزم للقاضى.

الخلاف على العينة:

وإذا وقع الخلاف بين البائع والمشترى على ذاتية العينة، فإنه يجب التفرقة بين حالتين:

الحالة الأولى: عند وجود العينة لدى أحد المتعاقدين، يكون هو المدعى عليه وفقا للقواعد العامة ويكون الآخر هو المدعى وعليه يقع عبء اثبات أن الشيىء الذى فى يد الطرف الآخر ليس هو العينة المتفق عليها، إلا إذا كانت هناك علامات متفق

=لا تطابق ما قدم من عينة حتى ولو عرض البائع على المشترى انقاص الثمن"، مجموعة عمر -جـ٥ رقم ٣٤٩ ص٦٧١.

(١) د. منصور مصطفى منصور -فقرة ٢٦، د. عبد الفتاح عبد الباقى -فقرة ٣٠.

عليها بين الطرفين، قد وضعت على العينة، فوجود تلك العلامات يكفى لاثبات ذاتية العينة[1].

الحالة الثانية: عند هلاك العينة أو تلفها لدى أحد المتعاقدين بخطأ منه، أو بدون خطأ، أو بسبب أجنبى لا يد لأخد منهما فيه. وفى هذه الحالة يجوز للمتعاقد الآخر بائعا كان أو مشتريا أن يثبت مطابقة الشيىء للعينة أو عدم مطابقته لها مادة (١/٢٤٠) مدنى، وبناء على ذلك، فلو كانت العينة لدى البائع وهلكت وادعى المشترى عدم مطابقة المبيع لها، كان على البائع أن يثبت هذه المطابقة، وإذا كانت العينة لدى المشترى[2] وهلكت، كان عليه أن يثبت عدم مطابقة المبيع للعينة، إذا ادعى ذلك بكافة طرق الاثبات بما فيها البينة والقرائن[3].

أثر عدم مطابقة المبيع للعينة:

وإذا كان المبيع غير مطابق للعينة، يجوز للمشترى أن يطالب البائع بتسليم شيىء مطابق لها، وهذا هو التنفيذ العينى، ويجوز للمشترى طبقا للقواعد العامة أن يحصل على هذا الشيىء بنفسه من الأسواق على نفقة البائع بعد استئذان القضاء أو قبل استئذانه فى

---

(١) السنهورى – فقرة ١٢٧، د. عبد المنعم البدراوى – فقرة ١٠٩، د. عبد الرازق حسن فرج – ص٨٤.

(٢) وذلك هو الغالب فى بيع العينة أو النموذج.

(٣) الوسيط للسنهورى – السابق – د. منصور مصطفى منصور–فقرة ٢٦، د. عبد المنعم البدراوى–فقرة ١٠٩، د. سمير تناغو–فقرة ١٩، د. عبد الفتاح عبد الباقى–فقرة ٣٠.

حالة الاستعجال مادة (٢٠٥) مدنى، كما يجوز للمشترى أن يطالب بفسخ العقد لعدم قيام البائع بتنفيذ التزامه وهو تقديم شيىء مطابق للعينة، ويخضع الفسخ لتقدير قاضى الموضوع مادة (٢/١٥٧) مدنى، كما يجوز للمشترى أن يطالب بالتعويض وفقا للقواعد العامة، كما أن له أن يطالب بانقاص الثمن، إذا قلت قيمة المبيع عن قيمة العينة(١).

الفرع الرابع

البيع بالعربون

يطلق العربون ويراد به، المبلغ الذى يدفعه أحد المتعاقدين للآخر وقت انعقاد العقد فى بعض العقود كالبيع والايجار.

وقد يكون العربون تأكيدا لابرام العقد عن طريق تعجيل جزء من الثمن كبدء فى تنفيذه، كما قد يكون العربون دليلا للعدول، حيث يفقد قيمته من يعدل عن العقد، فإذا كان المشترى هو الذى عدل عن البيع فإنه يفقد العربون، وإذا عدل البائع فإنه يلتزم برد المبلغ الذى قبضه ومثله معه، حتى ولو لم يترتب على العدول ضرر، لأن العربون ليس تعويضا عن الضرر، وإنما هو مقابل للعدول(٢).

---

(١) د. عبد الفتاح عبد الباقى-فقرة ٢٠، د. سمير تناغو-فقرة ١٩، د. منصور مصطفى منصور-فقرة ٢٦، د. عبد الرازق حسن فرج-ص ٨٥.

(٢) السنهورى - فقرة ٣٥، د. جميل الشرقاوى - فقرة ٢٩، د. سمير تناغو - فقرة ١٤، د. منصور مصطفى منصور-فقرة ٤٨، د. عبد الفتاح عبد الباقى-فقرة ٤٥، د. اسماعيل غانم فقرة ٧٢، د. أنور سلطان وجلال العدوى-ص ١٤٨.

=

وقد عرض المشرع المصرى لتقنين أحكام العربون فى نظرية العقد، ومن ثم يكون هذا الحكم صالحا لسائر العقود ومنها البيع جاء ذلك فى المادة (١٠٣) مدنى، والتى تنص على أنه: "١- دفع العربون وقت ابرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق فى دفع العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك. ٢- فإذا عدل من العربون فقده، وإذا عدل من قبضه رد ضعفه، هذا ولولم يترتب على العدول أى ضرر".

التوصيف القانونى للبيع بالعربون:

وقد أثار التكييف القانونى للبيع بالعربون خلافا بين الفقهاء:

فذهب رأى إلى أن البيع بالعربون يعتبر بيعا معلقا على شرط واقف هو عدم العدول عن البيع خلال مدة معينة، حيث تتوقف هذه الآثار خلال المدة المذكورة، ثم تترتب بأثر رجعى يستند إلى وقت انعقاد العقد عند انتهاء المدة بدون عدول[1].

= وقارن: د. محمد على عمران –ص ٨٣، حيث يقرر: أن نص المادة (١٠٣) مدنى، لا يمثل قاعدة لا يجوز الخروج عليها، بل أنه يجوز الاتفاق على اعتبار العربون ليس دالا على العدول بل على البدء فى التنفيذ، فإذا نفذ من دفع العربون ما اتفق عليه، حسب ما دفعه من أصل الثمن، فإذا أخل بالتزامه يجب تعويض الطرف الآخر، بما قد يزيد أو ينقص عن قيمة العربون فالعبرة فى تحديد مقدار التعويض تكون بمقدار ما يصيب الطرف الآخر من ضرر".

(١) من هذا الرأى د. عبد المنعم البدراوى – فقرة ١٠٦، د. منصور مصطفى منصور – فقرة ٤٨.

وذهب رأى آخر، إلى أن البيع بالعربون يعتبر بيعا معلقا على شرط فاسخ، هو العدول، فينتج العقد آثاره من وقت انعقـاده، ولكنـه يكون مهددا بالزوال طوال المدة التى يجوز فيها العدول، فإذا تحقق الشرط زال البيع بأثر رجعى[1].

ويعيب تكيف البيع بالعربون بأنه معلق على شرط واقف أو فاسخ، أنه متـى تخلف الشرط الواقف، أو تحقق الشرط الفاسخ، وجب أن يترتب على ذلك زوال العقد بأثر رجعى فكيف يمكـن مـع هذا القول الزام من عدل برد ضعف العربون إن كان هو الذى قبضه، وإلزام من قدم العربون بتركه إن كان هو الذى عدل[2].

---

(1) من هذا الرأى: د. خميس خضر - فقرة ٣٣، د. اسماعيل غانم - ص٥٩، د. جميل الشرقاوى - فقرة ٢٩، وفى فقه القانون المدنى الفرنسى: بلانيول وريبير وهامل - جـ١٠ - ص٨٧ هامش(٣).

(2) د. سليمان مرقس - ص ٧٢، د. محمد على عمران - ص ٨٥، د. عبد الرازق حسن فرج - ص٨٨.

الفصل الثانى

المبيع

يمثل المبيع محل التزام البائع، ذلك أن عقد البيع ينشىء التزامات فى جانب البائع محلها هو المبيع، وينشىء التزامات مقابلة فى جانب المشترى محلها الرئيسى هو الثمن.

والمبيع هو الحق المالى الذى يرد عليه البيع أيا كان طبيعته أى سواء كان حقاً عينياً كحق الملكية وهو الغالب، أم كان حقا شخصياً أو ذهنياً، فمحل التزام البائع هو الحق المالى الذى يراد نقله، وهو التزام بالقيام بعمل، وأن الشيىء محل الحق هو المبيع[1].

شروط المبيع:

ووفقا للقواعد العامة، فإنه يشترط فى المبيع ما يشترط فى محل العقد بصفة عامة، وذلك وفقا لما تقضى به المواد (١٣١-١٣٥) مدنى، وهذه الشروط هى:

أولا: أن يكون المبيع موجوداً أو قابلا للوجود.

ثانياً: أن يكون معينا أو قابلا للتعيين.

ثالثاً: أن يكون قابلا للتعامل فيه.

---

(١) راجع: د. منصور مصطفى منصور - فقرة ٢٠، د. اسماعيل غانم: فقرة ٣٧، د. عبد الفتاح عبد الباقى- فقرة ٤٨، وقارن: د. عبد الرازق حسن فرج - ص ٩٠، حيث يشير إلى ما يسود فى الفقه والقضاء من اطلاق المبيع على الشيىء، وقد صارت نصوص القانون على هذا الاطلاق المواد (٤٣٢) مدنى، (٤٢٢) مدني، (٤٢٨) مدنى، مع أن محل الالتزام بالنسبة للبائع هو الحق المالى الذى يراد نقله.

رابعاً: أن يكون مملوكاً للبائع.

ونخصص لكل شرط منها مبحثا:

المبحث الأول

كون المبيع موجوداً أو قابلا للوجود

والقواعد العامة فى نظرية العقد تقضى بأن يكون محل الالتزام ممكنا أو غير مستحيل، وذلك وفقا لما تقضى به المادة ١٣٢ مدنى بقولها: "إذا كان محل الالتزام مستحيلا فى ذاته كان العقد باطلا"، والمراد بالاستحالة هنا هى الاستحالة المطلقة، وليست النسبية فهذه ليس من شأنها بطلان العقد[1].

فإذا كان محل العقد غير موجود فى الحال، ولا يقبل الوجود فى المستقبل، كان ورود العقد عليه باطلا، وحتى يكون المبيع موجوداً فإنه يتعين:

أولا: وجود المبيع:

بمعنى أن يكون موجودا وقت العقد أو قابلا للوجود، وتخلف الوجود يترتب عليه بطلان العقد لاستحالة المحل، كمن باع شيئا على أنه موجود ثم تبين عدم وجوده، ومثل تلك الحالة ما لو كان المحل موجودا بالفعل ثم هلك قبل البيع، ذلك بالنسبة للأعيان أى

---

(١) د. محمد على عمران – فقرة ٣٦، د. اسماعيل غانم – فقرة ٣٩، د. منصور مصطفى منصور – فقرة ٢٢.

الأشياء المعينة بذاتها، أما المثليات، فيكفى فيها أن يكون المثل موجوداً عند تنفيذ العقد لا وقت الانعقاد، لأنها يقوم بعضها مقام بعض فى الوفاء. ومن ثم فهى لا تهلك معنى.

ثانياً: قابلية المبيع للوجود:

وقد تتجه ارادة المتعاقدين إلى التعاقد على شيىء مستقبل وفى هذه الحالة يكفى أن يكون هذا الشيىء ممكن الوجود أو قابلا له، وقد نصت المادة (١٣١/١) مدنى، على أنه: "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا".

ومن أمثلة ذلك بيع الشقق قبل تشطيبها، وبيع المحاصيل قبل حصادها، وبيع حمل الماشية قبل ولادتها[1].

والفقه الإسلامى لا يقر بيع المعدوم، لقول النبى ﷺ: "لا تبع ما ليس عندك"، وبيع المعدوم فيه غدر، وقد نهى النبى ﷺ عن بيع الغرر، ولم يستثن من ذلك إلا ما ورد النص باستحسانه، كما فى بيع السلم، وكما فى الاجارة، وكما فى الاستصناع، والجعالة[2].

وبيع الأشياء المستقبلة يتضمن قدرا من المجازفة، ولكن قدر المجازفة يختلف باختلاف صور هذا البيع، حيث إن إرادة المتعاقدين قد تتجه إلى أن يلتزم المشترى بدفع الثمن، بصرف النظر عن وجود المبيع مستقبلاً أو عدم وجوده، وبصرف النظر

---

(١) د. منصور مصطفى منصور – فقرة ٢٣.

(٢) فى هذا المعنى: د. عبد الرازق حسن فرج – ص٩٥.

عن كميتة، فيما لو وجد مستقبلا، وذلك مثل بيع الصياد ضربة الشبكة، فهنا يكون العقد صحيحا باتا، ويجب على المشترى أداء الثمن مهما كانت النتيجة، وجد المبيع أو لو يوجد، وإذا وجد فبأى قدر وهذا العقد يسمى عقد غرر يجيزه القانون[١]، وتحترمة الشريعة الإسلامية، لأن محله على خطر الوجود والعدم فيقع باطلاً للغرر المنهى عنه شرعاً.

وقد تتجه الإرادة إلى عدم المجازفة لا فى وجود المبيع ولا فى كميته كمن يشترى محصول القمح الذى سينتج من ارض معينة بسعر الأردب عشرة جنيهات مصرية مثلا، وقد تكون المجازفة مقصورة على الكمية كما لو بيع القمح فى المثال السابق بسعر إجمالى محدود بصرف النظر عما ينتج من الأرض المعينة من القمح، ويتجه الفقه إلى اعتبار البيع فى الصورتين السابقتين معلقا على شرط واقف هو وجود المبيع[٢].

حظر بيع الحق فى التركة المستقبلة:

ولئن كان الأصل هو جواز بيع الأشياء المستقبلة فى القانون المدنى المصرى، إلا أن هذه القاعدة يرد عليها استثناء، حيث تقضى المادة (٢/١٣١) مدنى، على أن التعامل فى تركة إنسان

---

(١) د. خميس خضر – فقرة ٤٩، د. جميل الشرقاوى – فقرة ٣٥، د. عبد الفتاح عبد الباقى–ص٨١، د. عبد الرازق حسن فرج–ص ٩٦، د. محمد السعيد رشدى– ص٧٣.

(٢) د. منصور مصطفى منصور – فقرة ٢٤.

على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه، إلا فى الأحوال التى ينص عليها القانون ومفاد ذلك، أن البيع الذى يرد على التركة المستقبلة يكون باطلاً سواء أكان البيع واقعا على التركة فى مجموعها، أم فى جزء منها، أم فى مال معين بصفة كونه داخلا ضمن أموال التركة، وتحريم التعامل فى التركة المستقبلة يشمل البيع وغيره من ضروب التعامل[1]، وبطلان التصرف هنا مطلق يحق لكل ذى مصلحة أن يتمسك به حتى المشترى، وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها[2].

---

(1) د. خميس خضر – فقرة ٤٩، د. محمد السعيد رشدى – ص٧٤، د. عبد الفتاح عبد الباقى – فقرة ٥٤.

(2) د. عبد الفتاح عبد الباقى – السابق، د. جميل الشرقاوى – فقرة ٣٨، د. عبد الرازق حسن فرج – ص٩٨.

المبحث الثانى
كون المبيع معيناً أو قابلاً للتعيين

تقضى القواعد العامة لنظرية الالتزام أن يكون محل الالتزام معينا أو قابلا للتعيين وهذه المبادىء هى التى تحكم تعيين المبيع أو قابليته للتعيين.

وقد نصت المادة (١٣٣) مدنى، على أنه: "١- إذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته، وجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلا ٢- ويكفى أن يكون المحل معينا بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره، وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيىء من حيث جودته، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أى ظرف آخر، التزم المدين بأن يسلم شيئا من صنف متوسط.

ويبدو من هذا النص، أن تعيين المبيع يختلف باختلاف الأحوال فإذا كان المبيع معينا بالذات كالمنقول، وجب ذكر صفاته وخصائصه المميزة، وإذا كان عقارا وجب ذكر ما يميزه من المساحات والحدود والموقع، وإذا كان منزلا وجب بالاضافة إلى ما سبق بيان عدد طوابقه وموقعه.

أما إذا كان المبيع معينا بالنوع وهو المثليات التى يقوم بعضها مقام بعض فى الوفاء، فإنه يجب أن يبين نوع المبيع ومقداره بالعدد أو الوزن أو الكيل، أو المقاس، فإذا لم يعين المقدار، يجب أن

يتضمن العقد ما يمكن من تعيينه مستقبلا، بمعنى أن يكون قابلا للتعيين، وإذا لم يحدد المقدار فيما سيوجد مستقبلا، فمن اللازم أن يتضمن العقد الأسس التى يتحدد بمقتضاها، ويجب كذلك أن تحدد درجة الجودة، فإذا لم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من ظرف آخر اعتبر المبيع من الصنف المتوسط وذلك وفقا لما تقضى به المادة (٢/١٣٣) مدنى[١].

وقد يعين المبيع عن طريق البيع بالعينة، كما سبق أن رأينا.

---

[١] الوسيط للسنهورى - فقرة ١١٧، د. عبد الرازق حسن فرج-ص١٠٠، د. محمد السعيد رشدى - ص ٧٥ ومابعدها.

المبحث الثالث

قابلية الشيىء للتعامل فيه

وتقضى المبادىء العامة لنظرية الالتزام بأن يكون محل الالتزام شيئا يجوز التعامل فيه، وتطبيقا لذلك تنص المادة (٨١) مدنى، على أنه: "١- كل شيىء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلا للحقوق المالية، ٢- والأشياء التى تخرج عن التعامل بطبيعتها، هى التى لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها، وأما الخارجة بحكم القانون فهى التى لا يجيز القانون أن تكون محلا للحقوق المالية".

كما تنص المادة (١٣٥) مدنى، على أنه: "إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام والآداب، كان العقد باطلا".

ويستفاد من هذين النصين، أن الشيىء محل التعاقد يجب أن يكون قابلا للتعامل فيه، وأن يكون التعامل فيه مشروعا، أى غير ممنوع لا بنص القانون ولا لمخالفته للنظام العام والآداب، مع ملاحظة أن القانون حين ينص على منع التعامل فى شيىء، فإن ذلك يكون مبنيا على اعتبارات ترجع أيضا إلى النظام العام والآداب(١).

(١) د. خميس خضر – ص٨٨، د. محمد السعيد رشدى – ص٧٨ ومابعدها.

وبناء على ذلك لا يجوز بيع المال العام، ولا يجوز بيع المخدرات إلا لأغراض طبية أو لأغراض البحث العلمى[1].

ولا يجوز أن يبيع النائب صوته لمرشح، أو أن يبيع موظف عام وظيفته[2]، أو أن ينزل شخص عن جنسيته أو اسمه أو البنوة أو الأبوة، ولا يجوز بيع منزل بقصد إدارته للدعارة أو القمار[3].

---

(1) د. جميل الشرقاوى – ص٩٤، د. منصور مصطفى منصور – فقرة ٢٧ د. عبد الفتاح عبد الباقى – فقرة ٥٦، د. عبد الرازق حسن فرج – ص ١٠٦.

(2) يرى بعض فقهاء المذهب الحنفى أنه يجوز بيع الوظائف بالمال – راجع: حاشية ابن عابدين على الدر المختار – جـ٤ ص٥٥٢، الطبعة الأخيرة سنة ١٩٨٤، شركة مصطفى البابى الحلبى – مطلب فى الاعتياض عن الوظائف والنزول عنها – ص٥٥٢، ومطلب فى النزول عن الوظائف لمال – ص ٥٥٣.

(3) الوسيط للسنهورى – فقرة ١٤٨.

المبحث الرابع

أن يكون المبيع مملوكا للبائع

(أحكام بيع ملك الغير)

ويشترط لصحة البيع أن يكون المبيع مملوكا للبائع، فإن كان غير مملوك له، فالأصل أن البيع يكون باطلا بطلانا مطلقا لعدم وجود المحل، حيث إن البائع قد باع ما لا يملك، وبالتالى يكون محل الآلتزام قد فات، بالإضافة إلى فوات السبب، لان سبب التزام المشترى بدفع الثمن، قيام البائع بنقل ملكية المبيع، فإذا لم يقم البائع بنقل الملكية لا يكون لالتزام المشترى بدفع الثمن سبب

بيد أن المشرع قد خرج على هذا الأصل فى عقد البيع، وأجاز أن يكون المبيع محتمل الوجود فى المستقبل، ومن ثم أجاز بيع الأموال المستقبلة، وفقا لما تقضى به المادة (١/١٣١) مدنى مصرى، من أنه يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا، ويترتب على ذلك ان يكون من الجائز أيضا- طبقا لتلك القواعد العامة - أن يلتزم شخص بنقل ملكية شيىء مملوك لغيره ويكون بيع ملك الغير بيعا صحيحا لذلك، الا أن المشرع قد خالف كل ذلك وقرر له حكماً خاصاً وهو البطلان النسبى، لأن التزام البائع بنقل الملكية بالنظر الى الظروف الموضوعية التى ثم فيها إبرام

العقد[1]، ولا يكفى لصحة العقد الوارد على مستقبل، ان يكون محله ممكنا فى ذاته، ولو كان بعيد الاحتمال، بل يجب أن يكون محتملا بدرجة كافية تتفق مع عقود المعاوضة ومع الظروف الموضوعية التى تتم فيها هذه العقود، فالاستحالة النسبية كالاستحالة المطلقة تؤدى الى تخلف شرط من شروط المحل[2].

وبيع ملك الغير هو صورة من صور التصرفات الواردة على محل مستقبل غير مستحيل استحالة مطلقة، إلا أنه غير محتمل الوجود بالنظر للظروف الموضوعية الملابسة لابرام العقد، ويكون الجزاء المناسب لهذا العقد هو البطلان النسبى، ويزول هذا البطلان إذا أجاز المشترى العقد، أو أقر المالك الحقيقى البيع فأصبح البيع نافذا فى حقه وصحيحا فى حق المشترى، أو تملك البائع المبيع بعد العقد، حيث يصبح فى هذه الخالة قادرا على نقل ملكيته الى المشترى، وهو نفس السبب الذى يتحقق إذا أقر المالك البيع[3].

---

(1) د. سميرتناغو – عقد البيع – ص ٣٨٣، د. محمد على عمران – الوجيز فى عقد البيع– ص ١١٤، طبعة ١٩٧٨م.

(2) د. سمير تناغو – المرجع نفسه.

(3) المرجع نفسه – ص ٣٨٦

المقصود ببيع ملك الغير وشروط:

ويقصد ببيع ملك الغير : البيع الذى يكون المبيع فيه معينا بالذات، ولا يكون مملوكا لأى من طرفى عقد البيع، ويبدو من هذا التعريف أنه يجب أن تتوافر ثلاثة شروط حتى نكون بصدد بيع ملك الغير وهى:

أولاً: ان يكون المبيع معينا بالذات:

يشترط فى بيع ملك الغير، أن يكون المبيع معينا بالذات، وليس معينا بالنوع، لأنه إذا كان معينا بالنوع فقط، فلا يقال بأنه مملوك للبائع، أو غير مملوك له، لأن الحق فيه يتعين بالمثل حتى ولو كان البائع غير مالك وقت العقد لأى مقدار من نوع ما التزم ببيعه، فالشيىء المعين بالنوع لا يمكن وصفه بأنه مملوك او غير مملوك(١).

ثانياً: أن يكون المبيع غير مملوك للبائع ولا المشترى:

فلا يكفى لإعمال أحكام بيع ملك الغير التى يجعل العقد قابلا للابطال لمصلحة المشترى، أن يكون المبيع غير مملوك للبائع، بل يلزم فوق ذلك أن يكون المبيع غير مملوك للمشترى، اذ لو كان

---

(١) د. خميس خضر – العقود المدنية الكبيرة – ص ٢٩٥، د. محمد السعيد رشدى – أحكام عقد البيع – ص١٩٨ ، د. محمد عمران – الوجيز فى عقد البيع – ص ١٠٩.

المبيع مملوكا للمشترى فإن العقد فى تلك الحالة يكون باطلا بطلانا مطلقا لاستحالة المحل استحالة مطلقة؛ لأنه يستحيل على الكافة نقل ملكية شيىء إلى من هو مالك له فعلا[1].

ثالثاً: أن يكون العقد بيعاً:

ويشترط بداهة، أن يكون العقد بيعا، فإذا تعهد شخص لآخر. بأن يجعل المالك يبيع له الشيىء محل التعاقد، فإن هذا يعتبر تعهدا عن الغير، وليس بيعا، فمحل التزام المتعهد ليس نقل الملكية بل القيام بعمل، هو الحصول على رضا المالك بأن يبيع الشيىء[2].

النصوص القانونية التى تنظم بيع ملك الغير:

وقد نظم المشرع بيع ملك الغير فى المواد من (٤٦٦) الى (٤٦٨) من التقنين المدنى الجديد، فنصت المادة (٤٦٦) على أنه:
"١ -إذا باع شخص شيئا معينا بالذات وهو لا يملكه جاز للمشترى أن يطلب ابطال البيع، ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار سجل العقد او لم يسجل.

---

(١) د. خميس خضر – السابق

(٢) المرجع نفسه ، د. محمد السعيد رشدى – السابق، د. محمد عمران – السابق – ص١٠٩ وما بعدها.

٢- وفى كل الأحوال لايسرى هذا البيع فى حق المالك للعين المبيعة ولو أجاز المشترى العقد".

وتنص المادة (٤٦٧) على أنه: "إذا أقر المالك البيع سرى العقد فى حقه وانقلب صحيحاً فى حق المشترى.

وكذلك ينقلب العقد صحيحا فى حق المشترى إذا آلت ملكية المبيع الى البائع بعد صدور العقد"

وتنص المادة (٤٦٨) على أنه: "إذا حكم للمشترى بابطال البيع، وكان يجهل أن المبيع مملوك للبائع، فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية".

ويبدو من هذه النصوص، أنها تنظم بيع ملك الغير فيما بين المتعاقدين، وتبين حكمه بالنسبة للمالك الحقيقى وبيانها لمسائل هذين الموضعين يقتضى تأصيل أحكامه، وسوف نبين ذلك، على أن نخصص لكل موضوع مطلبا:

المطلب الأول

حكم بيع ملك الغير فيما بين المتعاقدين

ويبدو من استعراض النصوص التى تبين حكم بيع ملك الغير أن المشترى يكون له حق طلب الإبطال، كما يكون له الحق إذا كان حسن النية، أن يطلب التعويض، ونبين ذلك:

أولاً: حق المشترى فى طلب الإبطال:

يبين من نص المادة (٤٦٦) مدنى؛ أن المشترى هو الذى له حق طلب إبطال البيع إذا وقع على مال الغير، لأنه هو الذى تقرر الإبطال لمصلحته، وهو يستطيع أن يتمسك بالإبطال بدعوى يرفعها طالباً ذلك، أو بطريق الدفع؛ فهو يستطيع أن يرفع دعوى أصلية، حتى ولو لم يتعرض له المالك الحقيقى فى المبيع، طالبا استرداد ما دفع من ثمن ما دام أن هذا الثمن قد دفع لشخص لا يستحقه، والمشترى يستطيع ذلك حتى ولو كان عالما وقت البيع أن المبيع غير مملوك للبائع، لأنه إنما رضى بالبيع اعتقادا منه بأن البائع يستطيع أن يحصل على ملكية المبيع فينقلها إليه، فإذا تأكد أن البائع: ليس فى استطاعته ذلك، فإن له أن يبادر برفع الدعوى دون أن ينتظر حتى يتعرض له المالك الحقيقى فى المبيع بأن يطلب إبطال البيع واسترداد الثمن الذى دفعة للبائع(١).

وللمشترى أن يتمسك بإبطال البيع قبل أن يتعرض له المالك الحقيقى، ويلاحظ أن ثبوت حق المشترى فى طلب إبطال البيع لا يخل بحقه فى طلب فسخ العقد؛ فله أن يستعمله أو لا يستعمله، وإذا

---

(١) د. محمد السعيد رشدى – السابق – ص ٢٠٠ ، خميس خضر –ص ٢٩٧،.د. محمد عمران – السابق – ص ١١٠ وما بعدها.

تعرض له المالك الحقيقى، فله فضلا عن حقه فى الإبطال والفسخ أن يرجع بضمان الاستحقاق(١).

ويثبت حق الإبطال للمشترى حتى ولو كان سيىء النية وقت التعاقد بأن كان يعلم أن المبيع مملوك للغير، كما يثبت له ولو كان البائع حسن النيه، يجهل أنه يبيع ملك غيره، ومما يدل على ذلك نص المادة (٤٦٨) مدنى، الذى يخول المشترى حسن النية حق طلب التعويض ولو كان البائع حسن النية فتقييد حق المشترى فى طلب التعويض بأن يكون حسن النية، يفيد حقه فى طلب الإبطال ولو كان سيىء النية، وبذلك النص على حق المشترى فى طلب التعويض ولو كان البائع حسن النية، أن الحق فى الإبطال يثبت للمشترى سواء كان البائع سيىء النية أو حسن النية(٢).

---

(١) وفى هذا تقول المذكرة الإيضاحية: "تلاحظ الصلة الوثيقة بين بيع ملك الغير وضمان الاستحقاق. فإن الاستحقاق إذا كان كليا، كان هذا هو بيع ملك الغير، إذ يكون قد اتضح أن البائع، قد باع شيئا مملوكا لأجنبى، وعلى ذلك تكون أحكام ضمان الاستحقاق مكملة لأحكام بيع ملك الغير، ويترتب على ذلك أن المشترى فى بيع ملك الغير يكون بالخيار إذا استحق المبيع فى يده: بين فسخ البيع أو إبطاله أو الرجوع بضمان الاستحقاق، ويلاحظ أنه إذا اختار الفسخ، فليس له أن يطالب البائع حسن النية بتعويض يستطيع أن يطالبه به لو اختار إبطال العقد"، مجموعة الأعمال التحضيرية- جـ٤- ص ١٩٤.

(٢) د. خميس خضر – السابق.

وليس للبائع الحق في أن يطلب إبطـال البيـع، لأن الإبطـال لـم يتقرر لمصلحته بل لمصلحة المشترى.

ثانياً: حق المشترى حسن النية فى المطالبة بالتعويض:

وإذا كان المشترى حسن النية، وحكم لـه بالإبطـال بنـاء علـى طلبه، فإن يكـون لـه أن يطـالب بـالتعويض مـع حقـه فـى الإبطـال، ويكون للمشترى هذا الحق إذا كان حسـن النيـة، أى لا يعلـم وقـت البيع أن المبيع غير مملوك للبائع، حتى ولو كان الأخير حسن النية، أى لا يعلم هو الآخر أن المبيع غير مملوك لـه فـإذا كـان المشـترى سيىء النية، فإنه لا يكون له حقا فى طلب التعويض، وإنمـا يكـون له فقط مجرد الحق فى طلب إبطـال البيـع، بيد أنـه إذا لـم يكـن لـه الحق فى طلب التعويض - حالتئذ - فإنه يكون له أن يطلب ما دفع من الثمن نتيجة الحكم بالبطلان.

أساس حق المشترى فى التعويض:

وقد اختلـف الفقهـاء حـول الأسـاس الـذى تبنـى عليـه مسـئولية البـائع عـن التعويـض[1]، فذهـب رأى إلـى أن هـذا الحكـم تطبيـق

---

(1) د. خميس خضر . السابق - ص ٢٩٩ ، ونلاحظ أن الأعمال التحضيرية قاطعة الدلالة على أن المشرع قد رفض الأخذ بنظرية (إهرنج) فى الخطأ عند تكويـن العقـد، كقـاعدة عامة، مجموعة الأعمال التحضيرية - حـ٢ -ص ٢٦٣.

تشريعى لقاعدة الخطأ عند تكوين العقد بينما ذهب رأى أخر - هو الراجح فى نظرنا - إلى أن أساس التزام البائع بالتعويض هو المسئولية التقصيرية، لأن بيع الشخص لشيىء غير مملوك له يعتبر خطأ من البائع، لا سيما إذا كان سيىء النية، لأنه فى هذه الحالة يكون مغتصبا[1].

سقوط حق المشترى فى طلب الإبطال:

يحق للمشترى أن يطلب إبطال البيع من وقت انعقاده، ولكن حقه هذا يسقط بأحد الأسباب الآتية:

أولاً: اقرار المالك الحقيقى للعقد:

تنص المادة (٤٦٧ /١) مدنى على أنه: "إذا أقر المالك البيع سرى العقد فى حقه، وانقلب صحيحا فى حق المشترى" ومفاد ذلك أن المشترى لا يستطيع بعد إقرار المالك الحقيقى للعقد أن يطلب إبطاله. ذلك أن المالك يصبح بإقراره للبيع ملتزما بالتزامات البائع، ويزول المانع الذى كان يحول دون انتقال الملكية الى المشترى، والرأى السائد فى الفقه: أن إقرار المالك الحقيقى الذى يجرد

---

(١) من هذا الرأى: د. خميس خضر - السابق - د. سليمان مرقس - عقد البيع - ص٧١٢، د.عبد المنعم البدراوى - عقد البيع - ص ٥٨٦ - طبعة ١٩٦١، وحكم النقض المدنى فى ١٩٦٤/٦/١١ - مجموعة أحكام النقض ١٥ -٨١٤- ١٢٨.

المشترى من طلب الإبطال، هو الذى يصدر قبل أن يرفع المشترى دعوى الإبطال، اما إذا صدر الإقرار بعد ذلك، فلاً يحول دون الحكم بالإبطال على أساس أن المحكمة تنظر الدعوى بالحالة التى كانت عليها وقت رفعها[1].

ثانيا: أن يتملك البائع المبيع بعد العقد:

كما يسقط حق المشترى فى طلب إبطال البيع، إذا تملك البائع المبيع بعد صدور العقد، أيا كان سبب التملك، إذ أنه بصيرورة البائع مالكا يزول المانع الذى كان يحول دون انتقال الملكية الى المشترى، والتملك الذى يحول دون طلب الإبطال، يلزم أن يكون قبل رفع دعوى الإبطال، وفقا للرأى السائد، كما هو الحال فى قرار المالك الحقيقى للبيع[2].

ثالثاً: إجازة المشترى للعقد:

إذا أجاز المشترى العقد، فإن حقه فى طلب الإبطال يسقط، ذلك أن حق الإبطال مقرر لمصلحة المشترى، ولما كان الأمر كذلك، فإنه يكون له التنازل عنه صراحة أو ضمنا، بعد علمه بعدم

---

(1) د. خميس خضر – السابق – ص ٢٩٩ وما بعدها.

(2) د. محمد السعيد رشدى – ص ٢٠٢.

ملكية البائع للمبيع، فإجازة المشترى للعقد، تزيل قابليته للإبطال، وتحوله إلى عقد صحيح فيما بين المتعاقدين.

رابعا: التقادم:

ويسقط حق المشترى فى طلب إبطال البيع بالتقادم وفقا للقواعد العامة، وبمقتضى ذلك، تسقط دعوى طلب إبطال البيع بانقضاء ثلاث سنوات من وقت علم المشترى بعدم ملكية البائع، وتسقط فى جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت العقد، وقد اتجه الرأى الغالب فى الفقه إلى ذلك، نظرا لأن المشرع لم ينص على أحكام خاصة بالتقادم فى شأن دعوى إبطال بيع ملك الغير [1].

ويلاحظ أن سقوط حق المشترى فى طلب العقد بالإجازة أو بالتقادم لا أثر له على حقوق المالك، لأن البيع غير سار فى حقه على أى الأحوال.

---

(1) فى هذا المعنى: الوسيط للسنهورى – حـ٤ – فقرة ١٦١ –ص ٢٨٨ ، د. عبد المنعم البدراوى – السابق – فقرة ٣٩٦، د. خميس خضر – ص ٢٠٠، د. محمد السعيد رشدى – ص ٢٠٣ ، د. منصور مصطفى منصور – العقود المسماة – ص ٢٥٠ – طبعة ١٩٥٦، د. إسماعيل غانم – الوجيز فى عقد البيع – فقرة ١٥ – طبعة ١٩٦٣، د. سمير تناغو – السابق – ص ٣٦٨ وما بعدها.

المطلب الثانى

حكم بيع ملك الغير بالنسبة للمالك الحقيقى

إذا تم بيع ملك الغير، فإنه لا يسرى فى حق المالك الا إذا أقره، فإذا أقره فإن هذا الإقرار تترتب عليه آثار هامة ونبين ذلك:

أولاً: لا يسرى بيع ملك الغير فى حق المالك إلا إذا أقره:

يعتبر المالك الحقيقى - فى بيع ملك الغير - أجنبيا بالنسبة للبيع الصادر من سواه، ومن ثم فإن هذا البيع لا يسرى فى حقه، سواء حكم بإبطاله أم لم يحكم، وسواء ظل حق المشترى فى طلب إبطاله قائما أم سقط بإجازة المشترى للعقد او للتقادم، ويترتب على ذلك أنه إذا سلم البائع المبيع الى المشترى، فإن المالك الحقيقى يستطيع أن يرجع على المشترى بدعوى الاستحقاق، ويرجع المشترى من جانبه على البائع، بضمان الاستحقاق، او بدعوى الفسخ، أو بدعوى الإبطال ومع ذلك يستطيع المالك الحقيقى أن يقر البيع فيسرى فى حقه، طبقا للمادة (١/٤٦٧) مدنى[١].

---

(١) د. خميس خضر - السابق - ص ٣٠٢، د. محمد السعيد رشدى - السابق - ص٢٠٤، د. سمير تناغو - السابق - ص٢٨٨.

ثانياً: أثر إقرار المالك لبيع ملك الغير:

إذا أقر المالك الحقيقى البيع، فإن الأمر يختلف هنا عن الوضع السابق، اذ تنص المادة (١/٤٦٧) مدنى، على أنه : إذا أقر المالك البيع سرى العقد فى حقه وانقلب صحيحا فى حق المشترى"، ومعنى ذلك أن إقرار المالك الحقيقى للبيع يجعله صحيحاً وإذا كان العقد يسرى فى حق المالك من وقت الإقرار، فإن مما يترتب على ذلك أن الملكية لا تنتقل إلى المشترى إلا من تاريخ هذا الإقرار، أو من تاريخ تسجيله إذا كان المبيع عقاراً، ومعنى ذلك، ن الإقرار لا يؤثر على الحقوق التى يكون المالك قد قررها للغير قبل صدور الإقرار، فلو أن المالك كان قد رهن العقار المبيع. أو رتب عليه حق ارتفاق قبل أن يقر البيع الصادر من الغير، وكان الدائن المرتهن أو مكتسب حق الارتفاق قد شهر قبل تسجيل الإقرار انتقلت الملكية الى المشترى محملة بالرهن أو الارتفاق(١).

ويترتب على إقرار المالك للبيع الصادر من غيره، حلوله محل البائع من وقت صدور الإقرار فى جميع حقوقه والتزاماته فى العقد، وهذا ما يتجه إليه الرأى الغالب فى الفقه، فتقوم العلاقة بينه وبين المشترى مباشرة، وتبرأ ذمة البائع من الإلتزامات الناشئة عن البيع، ولهذا يجوز للمالك أن يطالب المشترى بالثمن، وأن يطالب

---

(١) د. خميس خضر – السابق ، د. محمد السعيد رشدى – السابق – ص ٢٠٥، د. سمير تناغو – السابق

البائع بما قد قبضه منه، وللمشترى مطالبة المالك المقر بالتسليم، وله الرجوع عليه بضمان التعرض والاستحقاق، وضمان العيوب الخفية[1].

المطلب الثالث

تأصيل أحكام بيع ملك الغير

اختلفت آراء الفقهاء حول أساس بطلان بيع ملك الغير، ويمكن إرجاع هذا الخلاف إلى الأقوال الآتية:

أولاً: بيع ملك الغير ليس باطلاً:

ذهب جانب من الفقه إلى أن بيع ملك الغير ليس بيعا باطلا، وإنما هو عقد صحيح سرى عليه الفسخ، وترجع قابليته للفسخ إلى أن البائع لم يقم بتنفيذ التزامه بنقل الملكية إلى المشترى، فيكون لهذا الأخير أن يطلب فسخ البيع، وقد بالغ بعض الفقهاء فقال، إن بيع ملك الغير بيع صحيح طبقا للقواعد العامة، وهذا ما يقول به البعض فعلا، حتى إن بعض كبار الفقهاء، قد وصف النص الذى يقرر بطلان بيع ملك الغير فى القانون المدنى الفرنسى، بأنه لغو تشريعى، ووصفه البعض الآخر، بأنه من أشد النصوص غموضا فى التقنين[2].

---

(1) فى هذا المعنى: د. عبد المنعم البدراوى – السابق – فقره ٤٠١، د. سمير تناغو – السابق – ص ٣٨٩

(2) د. سمير تناغو – السابق – ص ٣٨٣، وراجع: د. جميل الشرقاوى –شرح العقود المدنيه – ص٧٨ – طبعة ١٩٨٢م.

ويؤخذ على هذا الرأى، أنه يخالف حكم القانون الذى نص صراحة على البطلان النسبى، ولو أخذنا بنظرته الفسخ لكان نص بيع ملك الغير تزيدا[1].

ثانياً: بيع ملك الغير باطل بطلانا مطلقا:

وذهب رأى آخر فى الفقه إلى أن بيع ملك الغير باطل بطلانا مطلقا، وذلك لتخلف المحل والسبب، لأن سبب التزام المشترى بدفع الثمن هو التزام البائع بنقل الملكية؛ فإذا لم يقم بنقل ملكية المبيع لا يكون لالتزام المشترى سبب، وفى الوقت ذاته، يكون التزام البائع بدون محل[2].

ويؤخذ على هذا الرأى أنه قد تجاهل أن بيع ملك الغير وإن كان لا يؤدى الى نقل الملكية، إلا أن البائع، يلتزم بنقلها، فإذا لم يقم بذلك، فإنه يكون فى مركز المتعاقد الذى تخلف عن تنفيذ التزام رتبه على عاتقه عقد صحيح، وليس فى مركز متعاقد غير ملتزم، لأن العقد باطل، كما لا ينبغى أن يقال، إنه طالما أن الإلتز لم ينفذ، فإنه يكون بدون محل وأن الإلتزام المقابل له بدون سبب، والقول بالبطلان المطلق لتخلف السبب والمحل على النحو السابق يتعارض

---

(1) فى هذا المعنى: د. إسماعيل غانم – السابق – ص ٢١ وما بعدها، د.السنهورى – السابق – ص ٢٧٦ – حاشية (١)

(2) د. محمد السعيد رشدى – السابق – ص ٢٠٦ وما بعدها.

مع ما يترتب من آثار على هذا البيع، ومنطقه يؤدى الى جعل طلب البطلان لكل ذى شأن مع أن المادة (٤٦٦) مدنى، لم تعط هذا الحق إلا للمشترى[١].

ثالثاً: أساس البطلان هو الغلط الذى يقع فيه المشترى:

وثمة رأى آخر فى الفقه يرى أن المشترى قد اعتبر ملكية البائع للمبيع صفة جوهرية على نحو دفعه للتعاقد، ومن ثم كان هذا الغلط عيبا فى الرضا، كما أن المشترى قد وقع فى الغلط بالنسبة لشخص البائع، حيث توهم أنه المالك، ثم فوجئ بأنه ليس كذلك، فما يؤثر فى الرضا[٢] فالمشترى قد وقع فى غلط يتعلق بشخص البائع أو المبيع.

ويؤخذ على هذا الرأى أنه يؤدى الى أن بيع ملك الغير لا يكون قابلا للإبطال إلا إذا كان المشترى حسن النية، أى يجهل وقت العقد أن البائع غير مالك، فى حين أن للمشترى أن يطلب إبطال العقد، ولو كان قد أقدم على العقد وهو يعلم أن البائع غير مالك، كما لا يجوز أن نتجاهل أن القانون قد نص هنا – وفى تلك

---

(١) د. توفيق فرج – عقد البيع والمقايضة – فقرة ٧٥ – طبعة ١٩٨٥، د. سليمان مرقس – السابق – ص ٧١٧ وما بعدها ، د. شفيق شحاتة – النظرية العامة للتأمين العينى – ص٨٥ وما بعدها – طبعة ١٩٥٥.

(٢) د. محمد السعيد رشدى – ص ٢٠٧، د. خميس خضر – السابق – ص ٣٠٥.

الحالة بالذات - على أن البطلان نسبى، ولمصلحة المشترى وحده، وهو بطلان لا يستند الى اى أساس من القواعد العامة، وإنما هو مستثنى منها بالنص، وفى هذا الصدد تقرر المذكرة الإيضاحية: "أن البطلان هنا خاص أنشأه النص(١)"، وهو ما يترجح لدى جمهور الفقهاء(٢).

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية - حـ٤- ص ١٩٢، وراجع: د. خميس خضر - السابق - ص ٢٠٥، د. توفيق فرج - السابق - ص ١٨، د. محمد السعيد رشدى - السابق - ص ٢٠٨، د.السنهورى - الوسيط - حـ٤- ص ٢٨٢ وما بعدها.

(٢) د. السنهورى - السابق، د. سليمان مرقس - السابق ٧٢٣.

الفصل الثالث

الثمن فى عقد البيع

يعتبر الثمن ركناً رئيسياً من أركان البيع لا ينعقد بدونه وهو محل التزام المشترى الأساسى، وهو الذى يميز البيع عن غيره من العقود الأخرى، كالهبة التى تقوم على إعطاء المال بدون مقابل، والثمن يجب أن تتوافر فيه شروط هى:

أولاً: أن يكون الثمن من النقود:

يختص الثمن فى البيع بأنه نقدى، وذلك وفقا لما تنص عليه المادة (٤١٨) مدنى، بقولها: "البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشترى ملكية شيىء أو حقاً مالياً آخر فى مقابل ثمن نقدى"، ومن ثم يشترط فى الثمن أن يكون مبلغاً من النقود، فلو لم يكن الثمن نقودا بأن كان عينا كقطعة أرض أو كمية من الحبوب، كان العقد مقايضة.

وإذا كان بعض الثمن نقودا والبعض الآخر من غير النقود، يكون تكييف العقد خاضعا للعنصر الغالب، فلو غلب النقد يكون العقد بيعاً، ولو غلبت العين من غير النقود يكون مقايضة[1].

---

(١) الوسيط للسنهورى – فقرة ٢٠٤، د. جميل الشرقاوى – فقرة ٤٤، د. سمير تناغو – فقرة ٢٥، د. عبد المنعم البدراوى – فقرة ٥١، د. عبد الرازق حسن فرج – ص١٠٩، د. محمد السعيد رشدى – فقرة ٥٣.

ثانيا: أن يكون الثمن مقدرا أو قابلا للتقدير:

الأصل أن يتم تقدير الثمن بمعرفة المتعاقدين صراحة عند إبرام عقد البيع، وقد يتحدد الثمن ضمنا، إذا اتضح من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى اعتماد السعر المتداول في التجارة أو السعر الذى جرى عليه التعامل بينهما، وقد نصت على هذا المادة (٤٢٤) مدنى، بقولها: "إذا لم يحدد المتعاقدان ثمنا للمبيع، فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين من الظروف، أن المتعاقدين قد نويا اعتماد السعر المتداول فى التجارة، أو السعر الذى جرى عليه التعامل بينهما".

ولا يشترط أن يكون الثمن محددا فى عقد البيع، وإنما يكفى أن يبين فيه الأسس التى تجعله قابلا للتحديد فيما بعد، وقد نصت المادة (٤٢٣) مدنى، على ذلك بقولها: "يجوز أن يقتصر الثمن على بيان الأسس التى يحدد بمقتضاها فيما بعد"، ومن ثم يجوز أن يحسب الثمن على أساس التكلفة، أو بسعر السوق أو أن يتفقا على البيع الذى اشترى به البائع، أو على أساس التسعيرة الرسمية فى تاريخ البيع أو فى تاريخ التسليم[1]، ويجب أن تكون الأسس التى يتم على أساسها تحديد الثمن مما ينأى بالعقد عن إثارة النزاع مستقبلا.

---

(١) د. منصور مصطفى منصور – فقرة ٢٩، د. عبد الرازق حسن فرج – ص١١٠، د.خميس خضر – ص ٩٣، د. محمد السعيد رشدى – ص ٨٤.

ومن ثم لا يكفى أن يكون الاتفاق على البيع بالثمن المناسب، أو الثمن العادل، كما لا يجوز الاتفاق على أن يكون تحديد الثمن لمحض إرادة أحد المتعاقدين، لأنه سيغبن الطرف الآخر.

وقد يقدر الثمن بواسطة أجنبى عن العقد يتفقان عليه فيما بعد كما قد يعهد المتعاقدان إلى القاضى بأمر تعيينه، على أنه إذا تم الاتفاق على أن يقوم بتحديد الثمن أجنبى عن العقد يتفقان عليه فيما بعد، فإن البيع لا ينعقد إلا عند حصول هذا الاتفاق اللاحق ويحق لكل من الطرفين إذا امتنع أحدهما عن هذا الاتفاق اللاحق أن يجبره عليه، وللقاضى أن يستعين فى ذلك بالغرامة التهديدية. وإذا تعذر الاتفاق كان للمتعاقد المضرور أن يطالب بالتعويض[1]، على أساس المسئولية العقدية الناشئة عن عقد غير مسمى قد تم بينهما يلتزم كل منهما بموجبه، أن يعمل كل ما يلزم لتعيين مفوض[2].

ويلتزم المتعاقدان بالثمن الذى يحدده المفوض، ولكن يجوز لمن يتضرر من هذا التحديد أن يطعن فيه، إذا تم نتيجة تواطؤ مع الطرف الآخر، كما فى بيع النجش فى الفقه الإسلامى أو إذا خرج المفوض عن الحدود المرسومة له فى الاتفاق ، أو إذا وقع المفوض فى خطأ جسيم، نتيجة لغلط فى صفة جوهرية للمبيع

(١) د. عبد الرازق حسن فرج – ص ١٧٧.

(٢) المرجع السابق – ص ١١٨، وراجع: د. منصور مصطفى منصور – ص ٥٦ ومابعدها، د. عبد المنعم البدراوى – فقرة ١٣٩، د. اسماعيل غانم – ص٩٠.

جعلته يقدره بثمن غير مناسب[1].

القيود الواردة على حرية المتعاقدين فى تحديد الثمن:

والأصل أن للمتعاقدين حرية تحديد الثمن من ناحية نوع النقود ومقدارها، ولكن هذا الأصل يرد عليه قيدان:

الأول: السعر الالزامى للنقود الورقية:

وبمقتضى هذا الشرط لا يجوز اتفاق المتعاقدين على أن يكون تحديد الثمن بالذهب أو على أساس الذهب فى المعاملات الداخلية وذلك وفقا للأمر العالى الصادر فى ١٩١٤/٩/٢، والذى فرض سعراً إلزاميا للعملة الورقية التى يصدرها البنك الأهلى، ونص على بطلان شرط الذهب إذا كان قد اتفق على الدفع بالذهب، أو بما يعادل قيمة الذهب وقت الوفاء، وكذلك الأمر بالنسبة للمعاملات الخارجية (بناء على التفسير بالمرسوم بقانون ٣٥ لسنة ١٩٣٥) والذى نص على بطلان شرط الدفع بالذهب فى المعاملات الخارجية.

فيكون للمشترى أن يوفى بالثمن نقودا ورقية مصرية على أساس قيمة الذهب المشروط فى العقد لا وقت الوفاء، ولا يبطل عقد البيع كله نتيجة لبطلان شرط الذهب إلا إذا اتضح أن هذا الشرط كان هو الدافع للتعاقد[2].

---

(١) د. عبد المنعم البدراوى – فقرة ١٤٠.

(٢) د. اسماعيل غانم – فقرة ٥٥.

الثانى: السعر الإجبارى لبعض السلع:

إذا فرض المشرع سعرا إلزاميا لبعض السلع فلا يجوز البيع بسعر يزيد عنه، وغالبا ما يقترن مثل هذا الفرض ،جزاء جنائى على من يخالفه، وحكم العقد مع تلك المخالفة عدم البطلان مراعاة للمشترى الذى قد يكون فى حاجة إلى تلك السلعة، ومن ثم يرجح الفقه أن يقتصر البطلان على ما يجاوز السعر الجبرى للسلعة، فيلزم البائع برد ما قبضه من الزيادة ويحتفظ المشترى بالسلعة المبيعة(١).

ثالثا: أن يكون الثمن جديا:

والثمن الجدى: هو الذى تتجه إرادة المتعاقدين إلى إلزام المشترى بدفعه على أساس أنه مقابل حقيقى لنقل ملكية المبيع إليه، ومن ثم لا يكون الثمن جديا، إذا كان صوريا، أو تافها أو بخسا، وذلك ما نوضحه فيما يلى:

(١) الثمن الصورى:

ويكون الثمن صوريا إذا ذكر فى العقد أن المشترى قد التزم بدفعه استيفاء للشكل فقط، دون أن تتجه إرادة المتعاقدين إلى إلزام

---

(١) المرجع السابق - فقرة ٥٦، د. محمد على عمران-فقرة ٥٣، د. منصور مصطفى منصور - فقرة ٢٣، د. خميس خضر - ص٩٥. د. عبد الرازق حسن فرج - ص١٢٢.

المشترى بدفعه، والصورية قد تكون مطلقة إذا اتفقا على ألا يدفع المشترى من الثمن أى شيىء، وقد تكون نسبية إذا خالف الثمن المذكور فى العقد الثمن الحقيقى المتفق عليه زيادة أو نقصا، وفى هذه الحالة ينعقد البيع بالثمن الحقيقى لا بالثمن الصورى وعلى من يدعى الصورية أن يثبتها، فلو كان طرفا فى العقد تعين عليه إثبات الصورية بالكتابة، وإذا كان من الغير جاز له إثبات الصورية بكافة طرق الاثبات[1].

وإذا كان الثمن صوريا لا يكون العقد بيعا، وإنما يكون عقد هبة لا تتم إلا بورقة رسمية[2].

(٢) الثمن التافه:

وهو الثمن الذى يصل من القلة إلى درجة لا تتناسب البتة مع قيمة المبيع، مثل أن يبيع سيارة تساوى مائة ألف جنيه بمبلغ مائة جنيه، والثمن التافة فى حكم الثمن المعدوم، ومن ثم يكون البيع معه باطلا باعتباره بيعاً[3].

---

(١) الوسيط للسنهورى – فقرة ٢١٥، د. عبد المنعم البدراوى – فقرة ١٤٤، د. جميل الشرقاوى – فقرة ٤٣، د. إسماعيل غانم – فقرة ٢٨، د. عبد الفتاح عبد الباقى – فقرة ٦١، د. عبد الرازق حسن فرج – ص ١٢٣، د. محمد السعيد رشدى – ص ٩٠.

(٢) وفى هذا حكم النقض المدنى بتاريخ ١٩٣٨/٦/٩ – مجلة المحاماة ١٩-٣٥٦-١٥٢.

(٣) د. عبد الرازق حسن فرج – ص ١٢٤.

ويذهب الفقه إلى أن الثمن التافه على النحو المذكور يعتبر معه العقد هبة مكشوفة لا تصح إلا بورقة رسمية، وفقا لأحكام المادة (١/٤٨٨) مدنى.

(٣) الثمن البخس:

وأما الثمن البخس فإنه هو الذى يقل كثيرا عن قيمة المبيع، ولكنه لا ينزل إلى حد الثمن التافه الذى يعتبر ثمنا غير جدى، وغالبا ما يكون البائع قد قبله لظروف اضطرارية، أو لحاجته الماسة أو لعدم خبرته.

وهو على خلاف الثمن الصورى والثمن البخس، يعتبر ثمنا جديا يكفى لانعقاد البيع[1].

والثمن البخس يعطى للبائع الحق فى طلب إبطال العقد أو زيادة الثمن، أو نقص مقدار المبيع فى حالة الاستغلال مادة (١٢٩) مدنى، وقد يعطى للبائع الحق فى طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل، كما فى حالة بيع عقار ناقص الأهلية مادة (٤٢٥) مدنى.

---

(١) وفى هذا المعنى: حكم محكمة النقض المصرية بتاريخ ١٩٥١/٢/٨، المجموعة (٢) رقم ٥٩ ص ٣٠٥، ونقض مدنى، فى ١٩٧٣/١/١١ - المجموعة ٢٤-٦٢-١٣.

الباب الثانى

آثار عقد البيع

إذا تم عقد البيع صحيحا، فإنــه ينتـج الآثـار التـى تـترتب عليـه وهذه الآثار تمثل التزامات تقع على عاتق كل من البائع والمشترى، وينبغى أن نعرض لبيان التزامــات البـائع فـى فصـل أول، ثـم تثنــى ببيان التزامات المشترى فى فصل ثان.

الفصل الأول

التزامات البائع

يقع على عاتق البائع فى عقد البيع ثلاثة التزامات هى:

(١) الالتزام بنقل الملكية[١]:

وهذا الإلتزام تظهر أهميته بصفة خاصة فى نقل الملكية، ولهذا يطلق عليه الالتزام بنقل الملكية.

(٢) الالتزام بتسليم المبيع.

(٣) الإلتزام بضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية، وسوف نخصص لكل واحد من هذه الالتزامات مبحثا:

---

(١) أو الالتزام بنقل الحق فى المبيع، كما يرى أستاذنا الدكتـور عبـد الـرازق حسـن فـرج – ص١٢٧.

المبحث الأول

التزام البائع بنقل الملكية

يعتبر نقل الملكية هو جوهر البيع وغايته، ولا يتصور وجود عقد البيع إلا إذا ترتب عليه نقل الملكية فى الحال أو فى المآل وقد عرض المشرع فى التقنين المدنى لنقل الملكية والحقوق العينية الأخرى، فى نصوص متفرقة، فى المواد ٢٠٤، ٢٠٧، ٤٢٨، إلى ٤٢٠، والمواد ٩٣٢ إلى ٩٣٤.

والتزام البائع بنقل ملكية المبيع يقتضى منه القيام بالأعمال اللازمة التى يترتب عليها نقل المبيع إلى المشترى، وقد نصت على هذه المادة (٤٢٨) مدنى بقولها: "يلتزم البائع أن يقوم بما هو ضرورى لنقل الحق المبيع إلى المشترى، وأن يكف عن أى عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق مستحيلا أو عسيرا".

وطبقا لهذا النص فإن التزام البائع قد يكون:

إيجابيا: كقيامه بفرز الأشياء المثلية المباعة، والعمل على التصديق على إمضائه، وتقديم المستندات اللازمة للتسجيل فى حالة بيع العقار.

أو سلبيا: يتمثل فى الكف عن أى عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق إلى المشترى مستحيلاً أو عسيراً كقيامه ببيع العقار مرة ثانية

إلى مشتر ثان يسبق فى تسجيل عقده، فيجعل انتقال الملكية إلى المشترى الأول مستحيلاً[1].

وقد لايقتضى نقل الحق المبيع قيام البائع بعمل ما، بل ينتقل الحق المبيع بالعقد ذاته، إذا كان المبيع حقا عينيا واردا على منقول معين بالذات مملوك للبائع مادة (٢٠٤) مدنى.

والتزام البائع بنقل الحق فى المبيع يختلف فى حالة العقار عنه فى المنقول وذلك ما يجب بيانه فى مطلبين:

المطلب الأول

نقل ملكية المنقول المعين بالذات

والقاعدة التى تحكم نقل الملكية فيه تقضى بانتقالها بمجرد تمام العقد، وذلك وفقا لما تقضى به المادة (٢٠٤) مدنى بقولها: "الالتزام بنقل الملكية، أو أى حق عينى آخر، ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق إذا كان محل الالتزام شيئا معينا بذاته يملكه الملتزم، وذلك دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل"، كما تنص المادة (٩٣٢) مدنى على أنه: "تنقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية فى المنقول والعقار بالعقد، متى ورد على محل مملوك للمتصرف، طبقا للمادة (٢٠٤) مدنى، وذلك مع مراعاة النصوص الآتية..".

---

(١) فى هذا المعنى: د. جميل الشرقاوى – فقرة ٤٨، د. اسماعيل غانم – فقرة ٨٤، د. عبد الرازق حسن فرج – ص ١٢٨.

ويبدو من هذين النصين أنه إذا كان المبيع منقولا معينا بالذات وتوافرت شروط معينة، فإن الملكية تنقل إلى المشترى فورا بمجرد تمام العقد وعقد البيع ذاته هو الذى ينقل الملكية، بعد أن ينشئ التزاما بنقلها يتم تنفيذه فورا بمجرد نشوئه إذا توافرت الشروط الآتية:

أولا: أن يكون المبيع منقولا معينا بالذات:

وهذا الشرط مما يقتضيه الحال، لأن الحق العينى لا يمكن تصوره إلا على شيىء معين بالذات، ولهذا كان من اللازم فى الشيىء المعين بالنوع، لكى ينتقل الحق المبيع إلى المشترى أن يحصل الافراز فلو ورد البيع على مائة أردب من القمح غير معينة إلا بنوعها ومقدارها، كان عدم تعيين القمح المبيع بذاته مانعا من انتقال ملكيته بمجرد عقد البيع، ولو نص فى العقد صراحة على أن يصبح المشترى مالكا القدر المبيع من وقت العقد.

إلا أنه إذا كان المبيع من القمح الموجود فى مخزن معين، فهنا تنتقل ملكيته بمجرد العقد، لأنه يعتبر معينا بالذات، ويسمى بيعا جزافيا ويتميز عن البيع العادى للمثليات أن محله يتعين بظروف من الزمان والمكان تفرزه عن بقية جنسه وتحدده تحديداً ذاتياً[1].

---

(1) د. سليمان مرقس – عقد البيع – الطبعة الرابعة – ص ٢٦١، د. عبد الودود يحيى – ص ٦٢ ومابعدها.

وقد نصت المادة (٤٢٩) مدنى، على أنه: "إذا كان البيع جزافيا انتقلت الملكية إلى المشترى على النحو الذى تنقل به فى الشيىء المعين بالذات".

ثانيا: أن يكون المبيع مملوكا للبائع:

ويشترط أن يكون البائع مالكا للحق المبيع، وهذا ما نص عليه المشرع فى المادتين ٢٠٤، ٩٣٢، لأن فاقد الشيىء لا يعطيه، ومن ثم فإن الشخص لا يستطيع أن ينقل إلى غيره حقوقا أكثر من حقوقه على الشىء، ومن ثم لا يمكن للمشترى أن يصببح مالكا للمبيع إذا لم يكن البائع مالكا له، وقد سبق بيان ذلك في حكم بيع ملك الغير.

ثالثا: أن يكون المبيع موجودا وقت العقد:

ويشترط لانتقال الملكية بمجرد العقد أن يكون الشيىء محل العقد موجودا وقت العقد، فإذا كان محل البيع شيئا مستقبلا، فإن الملكية لا تنتقل بمجرد العقد، لأن الشيىء لم يوجد بعد، فإذا باع شخص لآخر ما تنتجه حديقته من ثمار، فإن الملكية لن تنتقل إلى المشترى من وقت العقد، بل من وقت نضج هذه الثمار[1].

---

(١) د. عبد الفتاح عبد الباقى – فقرة ٨٤، د. عبد الودود يحيى – السابق، د. عبد الرازق حسن فرج – ص١٣٢.

رابعا: عدم الاتفاق على ارجاء نقل الملكية:

ويجب ألا يتفق الطرفان على مخالفة حكم القانون الذى يقضى بانتقال الملكية فى الشيىء المعين بالذات بمجرد العقد، وذلك لأن هذا الحكم ليس من النظام العام، بل هو حكم مكمل لارادة المتعاقدين ومن ثم فلهما الحق فى الاتفاق على مخالفته، فإذا حصل مثل هذا الاتفاق، فإن الملكية لا تنتقل فور العقد بل يكون انتقالها طبقا للاتفاق، ومن أمثله ذلك:

أن يتفق الطرفان على تعليق نقل الملكية على شرط واقف، فلا تنتقل الملكية إلا بعد تحققه أو يتفقان على إضافتها إلى أجل واقف، كما لو بيعت سيارة على ألا تنقل ملكيتها إلا بعد شهر(1).

آثار انتقال الملكية بمجرد العقد:

ويترتب على انتقال الملكية فى المنقول المعين بالذات بمجرد العقد عدة آثار هى:

أولاً: يصبح الشيىء المبيع ملكا للمشترى، وبالتالى يكون له حق التصرف فيه باعتباره مالكا.

---

(1) د. اسماعيل غانم – فقرة ٨٩، د. منصور مصطفى منصور – فقرة ٥٩، وقارن ماذهب إليه د. السنهورى فى الوسيط –فقرة ٢٣٦، حيث يرى أن الملكيـة لا تضاف إلى أجل لأنها حق دائم تستعصى طبيعته على التوقيت، د. عبد الودود يحيى –ص ٦٣.

ثانياً: يكون للمشترى أن يطلب تسليم المبيع عند افلاس البائع، دون أن يكون لدائنى هذا الأخير أن يعترضوا على ذلك، كما يكون لدائنى المشترى الحق فى الحجز على المبيع تحت يد البائع.

ثالثاً: يكون للمشترى ثمر المبيع ونماؤه منذ إتمام العقد، فجميع منتجات المبيع، وجميع زياداته المدنية والطبيعية تصبح ملكا له من تاريخ تمام البيع، ويجب أن تسلم غلته مع المبيع، ما لم يكن هناك اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك.

رابعاً: يتحمل المشترى تكاليف المبيع منذ تمام البيع، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك.

خامساً: تبعة هلاك الشيىء المبيع تقع على عاتق البائع قبل التسليم إلا إذا كان الهلاك بعد إعذار المشترى تسليم المبيع فتقع تبعة الهلاك على هذا الأخير[1].

المطلب الثانى

نقل ملكية المنقول المعين بالنوع

وملكية المنقول المعين بنوعه، كبيع عشرين أردبا من القمح من نوع معين، تنتقل بالإفراز ولا يقتصر الأمر فيها على مجرد العقد وقبل الإفراز الذى ينتقل به الملك يقتصر أثر العقد على مجرد

---

(1) د. محمد السعيد رشدى – ص ٩٨ ومابعدها، الوسيط للسنهورى – فقرة ٢٤٣، د.منصور مصطفى منصور – فقرة ٦١، د. اسماعيل غانم – فقرة ٩٥، د. عبد الرازق حسن فرج – ص١٣٤.

إنشاء التزامات شخصية يلتزم البائع بمقتضاها بأن يقوم بما هو ضروري لنقل الملكية، طبقا لحكم المادة (٤٢٨) مدنى.

وقد نصت على ذلك المادة (١/٢٠٥) مدنى، فقالت: "إذا ورد الالتزام بنقل حق عينى على شيىء لم يعين إلا بنوعه، فلا ينتقل الحق إلا بافراز هذا الشيىء"، كما تنص المادة ٩٣٣ مدنى على أن المنقول الذى لم يعين بنوعه لا تنتقل ملكيته إلا بإفرازه، طبقا للمادة (٢٠٥) مدنى.

تعريف المنقول المعين بالنوع:

والمنقول المعين بنوعه، يتمثل فى الأشياء التى يقوم بعضها مقام بعض فى الوفاء، والتى تقدر بالكيل أو بالوزن أو بالعد أو بالقياس مادة (٨٥) مدنى، وذلك كأن يقع البيع على خمسين إردبا من القمح أو على عشرين قنطارا من القطن، وفى هذه الأشياء لا تنتقل الملكية بالعقد، وإنما لابد أن يتحدد المبيع تحديدا كافيا بافرازه.

والمراد بالإفراز: هو العمل على تحويل الشيىء المعين بنوعه إلى شيىء معين بذاته، أو هو العمل على تحديد المبيع وتمييزه عن بقية الأشياء المماثلة[1].

([1]) د. عبد الفتاح عبدالباقى - فقرة ٨٦، د. عبد المنعم البدراوى-فقرة ١٦٤، د. عبد الرازق حسن فرج - ص ١٣٥، د. محمد السعيد رشدى - ص١٠٠، د. عبد الودود يحيى - ص ١٧.

ويتم الإفراز بالطريقة التى تتفق مع طبيعة المبيع، فقد يتم بالوزن أو بالعد، أو بالكيل أو بالقياس، أو بتجنيب المبيع وفصله عن غيره، أو بوضع علامة مميزة عليه[1]، ويتم الإزراز فى الوقت الذى يجب التسليم فيه وفى مكانه، ما لم يوجد اتفاق بين المتعاقدين يقضى بغير ذلك، والملكية تنتقل من البائع إلى المشترى من وقت حصول الإفراز دون أثر رجعى، وإذا تم الإفراز فإن الملكية تنتقل به ولو لم يتم تسليم المبيع، ولا يشترط لصحة الإفراز حضور المشترى، وذلك لعدم وجود نص فى القانون يقضى بذلك، كما أن له حق الرفض إذا وجد المبيع غير مطابق للصنف أو العينة التى تم الاتفاق عليها[2].

وتبعة الهلاك مرتبطة بالتسليم، ومن ثم يظل البائع متحملا لها رغم الإفراز حتى يتم التسليم كما أن البائع هو الذى يتحمل نفقات الإفراز لأنه مدين بما يلزم لنقل الملكية، والإفراز من ضروراته.

---

(1) د. اسماعيل غانم -فقرة ٩٥، د. عبد الفتاح عبد الباقى - فقرة ٨٦، د. منصور مصطفى منصور - فقرة ٩٢، د. خميس خضر - فقرة ٧٤.

(2) د. عبد الرازق حسن فرج - ص١٣٦، د. اسماعيل غانم -فقرة ٩٤، وقارن: د. توفيق حسن فرج - فقرة ١١٦، حيث يرى ضرورة إتمام الإفراز فى حضور المشترى أو من يمثله.

جزاء الامتناع عن الإفراز:

وإذا امتنع البائع عن إفراز المبيع يكون مخلا بالتزام يجب عليه أداؤه، ويكون للمشترى أن يلزمه بالقيام به[1]، وإلا كان له أن يحصل على شيىء من النوع ذاته على نفقة البائع بعد استئذان القاضى، أو دون استئذانه فى حالة الاستعجال، كما يكون له أن يطالب بقيمة الشيىء، وذلك دون إخلال بحقه فى التعويض مادة (٢/٢٠٥) مدنى.

المطلب الثانى

نقل الحقوق العقارية

والملكية فى العقار تنتقل بالتسجيل، فلكى تنتقل الملكية فيما بين المتعاقدين، أو بالنسبة للغير، يجب تسجيل عقد البيع الوارد على العقار أو على الحقوق العينية العقارية بصفة عامة.

وقد حرص المشرع على الإشارة لضرورة القواعد المتعلقة بالتسجيل فى المادة (٢٠٤) مدنى، حيث ذكر فى نهايتها: "وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل، كما حرص على الإشارة إلى الأحكام المبينة فى قانون تنظيم الشهر العقارى فى المادة (٩٣٤) مدنى، والتى تقضى بأنه: "١- فى المواد العقارية لا تنتقل

---

(١) وذلك عن طريق رجال السلطة العامة أو بواسطه خبير، د. عبد الرازق حسن فرج - ص ١٣٧، د. محمد السعيد رشدى - ص ١٠١.

الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى، سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان فى حق الغير، إلا إذا روعيت الأحكام المبينة فى قانون الشهر العقارى، ٢- ويبين قانون الشهر المتقدم الذكر، التصرفات والأحكام، والسندات، التى يجب شهرها، سواء أكانت ناقله للملكية، أم غير ناقلة لها، ويقرر الأحكام المتعلقة بهذا الشهر".

وبناء على ذلك: نصت المادة (٩) من قانون الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦، والمعمول به ابتداء من أول يناير سنة ١٩٤٧ وحتى الآن [١]، على أن: "التصرفات المنشئة لحق من الحقوق العينية الأصلية على عقار، أو التى من شأنها نقل حق من هذا النوع أو تغييره أو زواله، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيىء من ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل، ويترتب على عدم تسجيلها أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوى الشأن، ولا بالنسبة إلى غيرهم، ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن".

ويستفاد من هذا النص أن كل تصرف من شأنه نقل الملكية يجب أن يشهر، أى أن تسجل وفقا للطرق المقررة فى قانون الشهر العقارى[٢]، ولما كان عقد البيع من العقود التى تؤدى إلى نقل

---

(١) والمعدل بالقانون ١٥ لسنة ١٩٧٦م.

(٢) ويلاحظ أن قانون الشهر العقارى قد نص فى المواد من ٩-١١ منه على المحررات التى يجب شهرها عن طريق التسجيل، كما نظمت المواد من ٢٠-٣٦ منه احراءات التسجيل، وراجع فى طريقة الشهر واحراءاته: د. عبد الرازق حسن فرج - ص١٣٩ =

الملكية، فإنه يجب تسجيله، وليس من شأن هذا التسجيل أن يجعل عقد البيع عقدا شكليا لا ينعقد إلا إذا تم تسجيله، لأن عقد بيع العقار فى حد ذاته عقد رضائى، يتم بمجرد التراضى بين الطرفين وإنما يلزم التسجيل لكى يترتب على العقد الأثر الناقل للملكية(1).

مراحل عقد بيع العقار:

وبناء على ذلك فإن عقد بيع العقار يمر بمرحلتين:

المرحلة الأولى: مرحلة عقد البيع الابتدائى.

المرحلة الثانية: مرحلة العقد بعد شهره وتسجيله.

ونبين آثار العقد فى كل من هاتين المرحلتين:

أولاً: آثار عقد بيع العقار الابتدائى:

وعقد بيع العقار الابتدائى الذى لم يسجل، لا ينقل الملكية للمشترى، وإنما تترتب عليه التزامات وحقوق شخصية بين كل من البائع والمشترى، وذلك وفقا لما نصت عليه المادة (٩) من قانون الشهر العقارى، بعد أن بينت أن التصرفات غير المسجلة لا ترتب أثرا فيما يتعلق بنقل الملكية حتى بين المتعاقدين إلا من تاريخ

=ومابعدها، والوسيط للسنهورى – فقرة ٢٥٠، د. عبد الودود يحيى – ص ٧٤ ومابعدها د. جميل الشرقاوى – ص ١٦٨.

(1) وهذا بخلاف ما تقضى به المادة (٥٠٨) من التقنين المدنى العراقى، والمادة ٣/١٦ من قانون تسوية الأراضى والمياه الأردنى، حيث يعتبر البيع العقارى عقدا شكليا لا ينعقد إلا إذا سجل فى الدائرة المختصة، واستوفى الشكل الذى نص عليه القانون – وراجع: د. عبد المنعم البدراوى – فقرة ٢٢٤، د. عبد الفتاح عبد الباقى – فقرة ٩١.

تسجيلها فقالت: "إن التصرفات غير المسجلة ترتب التزامات شخصية بين ذوى الشأن".

ويترتب على ذلك: أن البائع يلتزم بكل ما يترتب على عقد البيع الابتدائى من التزامات شخصية تقع على عاتقه، ومن أهم تلك الالتزامات، الالتزام بنقل الملكية إلى المشترى، وبناء على ذلك يكون عليه القيام بكل ما هو ضرورى لاتمام عملية التسجيل، كما يلتزم بتسليم الشيىء المبيع وضمانه، ويلتزم المشترى بالثمن وبتسلم المبيع، ويكون لكل من طرفى العقد أن يجبر الآخر على تنفيذ التزاماته التى يولدها العقد، إذا لم يقم بتنفيذها اختيارا[1]، وذلك عن طريق دعوى صحة التعاقد، ودعوى صحة التوقيع[2]، ونلقى الضوء على مضمون كل من هاتين الدعويين:

(١) دعوى صحة التعاقد:

إذا امتنع البائع عن القيام بالإجراءات اللازمة للتسجيل، ففى هذه الحالة يكون للمشترى أن يطلب إليه القيام بذلك، كما يكون له أن يجبره على ذلك عن طريق دعوى صحة التعاقد، حيث يطلب

---

(١) الوسيط للسنهورى – فقرة ١٥٧، د. عبد المنعم البدراوى – فقرة ٢٣٧، د. اسماعيل غانم فقرة ١١٢، د. جميل الشرقاوى – فقرة ٥٥ ومابعدها، د. عبد الرازق حسن فرج – ص ١٦٠ ومابعدها.

(٢) د. خميس خضر – فقرة ٨٥.

المشترى من المحكمة، الحكم له بصحة ونفاذ البيع فإذا قضى له بذلك، وقام بتسجيل الحكم فإنه يكتسب الملكية.

ويستند حق المشترى فى رفع هذه الدعوى إلى القواعد العامة التى تقضى باجبار المدين على تنفيذ التزامه عينا إذا كان ذلك ممكنا، حيث نصت المادة (٢١٠) مدنى، على أنه: "فى الالتزام بعمل يقوم حكم القاضى مقام التنفيذ إذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام".

كما ذكرت هذه الدعوى المادة (١٤٥) من قانون نظيم الشهر العقارى، الصادر سنة ١٩٤٦، بين الدعاوى التى تسجل صحيفتها، كما تعتبر من الدعاوى التى ينظم قيدها فى السجل العينى، مادة (٣٢) من قانون السجل العينى رقم ١٤٣ لسنة ١٩٦٤.

طبيعة دعوى صحة التعاقد:

ودعوى صحة التعاقد، دعوى شخصية عقارية، يكون الاختصاص بنظرها للمحكمة التى يقع فى دائرتها العقار المبيع[1]، فهى شخصية، لأن المشترى يرفعها بصفته دائناً للبائع لا مالكاً، حيث لم يصبح بعد صاحب حق عينى؛ وهى دعوى عقارية، لأن محلها عقار، وهى تهدف إلى كسب حق عينى عقارى، ويقوم

---

(١) مادة (٢/٥٩) من قانون المرافعات المدنية والتجارية.

برفعها المشترى أو ورثته على البائع، أو ورثته[1]، ليواجه بها امتناع البائع عن إنجاز الأعمال اللازمة لتسجيل البيع، سواء كان هذا البائع منكرا أصل صدور البيع منه، أم معترفا بهذا البيع، ويطلب المشترى فيها الحكم له بثبوت البيع أو بصحته ونفاذه، فإذا ما حكم له فى هذه الدعوى استطاع أن يسجل الحكم باعتباره سندا قاطعا على وقوع البيع، ولا يحتاج تسجيله فى هذه الحالة إلى تدخل من البائع، وتنتقل إلى المشترى ملكية العقار المبيع بتسجيل الحكم الصادر لمصلحته[2]، وهى دعوى موضوعية تنصب على حقيقة البيع، فتتناول صحته ومداه ونفاذه، ويكون الحكم الصادر فيها مقررا لكل ما ورد عليه الرضا بين المتعاقدين، دون حاجة إلى الورقة التى تم فيها التعاقد أولا، وعلى القاضى أن يتحقق من عدم وجود سبب من أسباب البطلان أو عدم التنفيذ.

---

(1) أنور سلطان وجلال العدوى - فقرة ٢٨٥، د. عبد المنعم البدراوى-فقرة ٢٣١، د.إسماعيل غانم - فقرة ١١٣، د. منصور مصطفى منصور - فقرة ٦٩، د. خميس خضر - فقرة ٨٥، د. محمد على عمران - فقرة ٨٦، د. عبد الرازق حسن فرج - ص١٦٢، د. محمد السعيد رشدى - ص١٠٩، وفى هذا حكم النقض المدنى فى ١٩٦٨/٢/٢١- المجموعة ١٩- ص ١٣٩٩، وفى ١٩٦٦/٥/١٩-س١٧ ص ١١٩٦، وفى ١٩٧٠/٢/٣ - المجموعة س٢١ ص ٢٢١.

(2) د. محمود جمال زكى - السابق - ص ٢٠٤، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى- جـ٢ ص ٥٢٩.

شروط نجاح المشترى فى دعوى صحة التعاقد:

ويشترط لكى ينجح المشترى فى مسعاه ويكسب دعوى صحة التعاقد ضد البائع أن يتوافر شرطان:

أولهما: أن يكون تنفيذ التزام البائع بنقل الملكية ما يزال ممكنا:

فإذا كان تنفيذ التزامه غير ممكن بأن كان قد تصرف فى العقار وسجل المتصرف إليه عقده وانتقلت إليه الملكية، فلا يكون التنفيذ العينى ممكنا، ولا يجاب المشترى إلى طلب ويتعين الحكم برفض دعوى صحة التعاقد، إذ أن الحكم فيها لصالحه لن يكون مجديا ويستطيع المشترى أن يرجع على البائع بالتعويض[1].

ثانيهما: وفاء المشترى بالتزاماته:

ويشترط أن يكون المشترى قد نفذ التزامه بالنسبة للوفاء بالثمن، أو أودعه خزينة المحكمة، بعد عرضه عرضا حقيقيا، لأن عقد البيع من العقود التبادلية، ولا يجبر البائع على تنفيذ التزامه إذا لم يكن المشترى قد وفى بالتزامه بدفع الثمن، والقاعدة أن البائع وحده هو الذى يستطيع أن يحتج بعدم دفع الثمن، فلا يجوز لغيره

---

(1) نقض مدنى فى ١٩٦٨/١١/٢١، المجموعة س ١٩ - ص ١٣٩٩، وفى ١٩٦٩/٤/٢، المجموعة س ٢٠ - ص ٥٧١، وفي ١٩٦٦/٥/١٩، س ١٧- ص ١١٩٦ السابق الإشارة إليه.

أن يطعن فى أن المشترى لم يودع الثمن، أو ما تبقى منه خزانة المحكمة[١].

تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد:

ولتلافى ما قد يلجأ إليه البائع من التصرف فى العقار المبيع ببيعه، أو بترتيب حق عينى عليه فى الفترة ما بين رفع الدعوى وصدور الحكم فيها، حيث إن التصرف الصادر من البائع للغير فى تلك الفترة يعتبر نافذا فى مواجهة المشترى، حيث لا يزال الأول مالكا للعقار، فإن المشرع قد أجاز تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد، مادة (٢/١٥) من قانون الشهر العقارى، كما نصت المادة (٢/١٧) من نفس القانون، على أن: "حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤشر به طبق القانون، يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى..".

وبناء على ذلك:

يجب على المشترى أن يقوم بتسجيل صحيفة دعوى صحة ونفاذ عقد البيع، ويكون ذلك بتسجيل صحيفة افتتاح الدعوى بعد إعلانها إلى البائع، وقيدها بجدول المحكمة، فإذا ما صدر الحكم

---

(١) نقض مدنى في ١٩٦١/٤/٢٠، المجموعة س ١٢ - ص٣٧٦، حيث جاء فيه: "أن المطالبة بباقى الثمن من شأن البائع وحده، فلا يجوز لغيره أن يطعن فى أن الحكم قد قضى بصحة ونفاذ عقد البيع قبل أن يودع المشترى باقى الثمن خزانه المحكمة". وفى هذا المعنى نقض مدنى فى ١٩٧٠/٢/٢٦، المجموعة ص٢١- ص ٢٤٤.

لصالح المشترى وجب عليه أن يقوم بالتأشير بمضمونه، على هامش تسجيل صحيفة الدعوى، ويترتب على هذا التأشير أن حق المشترى يكون حجة على كل من ترتب له حق عينى ابتداء من تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى(١).

وليس للمشترى أن يحتج بحقه فى مواجهة من ترتبت لهم حقوق عينية إلا إذا قام بالتأشير بالحكم الصادر له على هامش تسجيل تلك الدعوى، كما يلاحظ أن الملكية لا تنتقل إلى المشترى بتسجيل صحيفة الدعوى، وإنما تنتقل إليه من وقت التأشير بالحكم الصادر له(٢) ومن ثم لا يكون له قبل ذلك أن يطالب بالشفعة كمالك للعقار(٣).

(٢) دعوى صحة التوقيع:

إذا كان عقد البيع ثابتاً فى ورقة عرفية، وامتنع البائع عن التصديق على توقيعه عليها أمام الموظف المختص تمهيدا لتسجيل عقد البيع، كان للمشترى أن يرفع عليه دعوى صحة التوقيع، فإذا صدر الحكم بصحة التوقيع، فإن هذا الحكم يقوم مقام التصديق على

---

(١) أنور سلطان وجلال العدوى - فقرة ٢٨٧، د. منصور مصطفى منصور - فقرة ٦٩، د. عبد الرازق حسن فرج - ص ١٦٥.

(٢) السنهورى - فقرة ٢٧٤، أنور سلطان وجلال العدوى - فقرة ٢٨٧ د. عبد المنعم البدراوى - فقرة ٢٣٦، د. سمير تناغو - فقرة ٦٣ د. توفيق فرج - فقرة ١٢٣، د.عبد الرازق حسن فرج - ص ١٦٥ ومابعدها.

(٣) د. عبد المنعم البدراوى - ص ٣٧١ ومابعدها. والأحكام المشار إليها فيه.

التوقيع، ويكون للمشترى أن يسجل عقد البيع مرفقا به الحكم بصحة توقيع البائع[1].

وجوه التفرقة بين دعوى صحة التوقيع ودعوى صحة التعاقد:

ويمكن بيان وجوه التفرقة بين الدعويين على النحو التالى:

أولاً: دعوى صحة التوقيع ليست دعوى موضوعية كدعوى صحه التعاقد، وإنما هى دعوى تحفظية يقتصر أمرها على مجرد التثبت من صحة توقيع البائع على عقد البيع العرفى، وليس للقاضى فيها أن يتعرض لموضوع التصرف المدون فى المحرر العرفى من حيث انعقاده أو صحته أو نفاذه، ومن ثم فليس هناك ما يحول فى دعوى صحة التعاقد من قيام البائع بالطعن فى البيع بالإبطال، أو عدم النفاذ أو الفسخ.

ثانياً: لا يمكن الالتجاء لدعوى صحة التوقيع، إلا إذا كان عقد البيع مكتوبا فى محرر عرفى، فلو أن العقد قد تم مشافهة فلا يمكن الالتجاء إليها.

ثالثاً: دعوى صحة التوقيع من الدعاوى التى لا تسجل صحيفتها فيحتج بالحكم الصادر فيها منذ تسجيل صحيفة الدعوى، وهى فى هذا تختلف عن دعوى صحة التعاقد، كما أن تسجيل العقد

---

(1) فالذى يسجل هو عقد البيع مكملا بالحكم، أما لو كان التسجيل قاصرا على الحكم وحده فلا يترتب عليه أثر، راجع: د. عبد الفتاح عبد الباقى – فقرة ٩٤، د. عبد المنعم البدراوى – فقرة ٢٣٢، والوسيط للسنهورى – فقرة ٢٧٥.

العرفى مصحوبا بالحكم الصادر بصحة التوقيع لا يكون له أثر رجعى، ومن ثم فإن البائع إذا قام بالتصرف أثناء نظر الدعوى إلى شخص آخر، وقام المتصرف إليه بتسجيل عقده قبل أن يسجل المشترى الأول عقده، بناء على الحكم الصادر بصحة التوقيع، فإن المشترى الثانى هو الذى يفضل[١]، ومن ثم فإن هذه الدعوى لا تحقق للمشترى الحماية التى تحققها دعوى صحة التعاقد، ولذلك فإن الدعوى الأخيرة، قد غلبت فى التعامل على دعوى صحة التوقيع[٢].

ثانياً: آثار عقد البيع بعد تسجيله:

ملكية العقار لا تنتقل إلا بعقد مسجل، سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير وما لم يحصل هذا التسجيل، فإن الملكية تبقى على ذمة المتصرف، ولا يكون للمتصرف إليه فى الفترة من تاريخ العقد إلى وقت التسجيل، سوى مجرد أمل فى الملكية دون أى حق فيها، ولكن ليس معنى ذلك أن التسجيل بذاته هو الذى ينقل الملكية، دون أن يكون للبيع نفسه أى أثر فى هذا النقل، فالواقع أن عقد البيع هو الأساس فى نقل الملكية، والتسجيل إجراء يضاف إليه، لكن ينتج أثره الكامن فيه منذ البداية، ومن ثم فإن ثبوت الحق للمشترى نهائيا لا يقوم على حصول مجرد التسجيل وإنما يتوقف على مصير عقد

---

(١) نقض مدنى فى ٢١/٤/١٩٥٥، المجموعة س٦ - ص ١٠٣٢ رقم ١٣٤.

(٢) السنهورى - فقرة ٢٧٥.

البيع نفسه، ولا بد أن يكون هذا العقد فى ذاته صحيحا صادرا من مالك وإلا فإن التسجيل لا يترتب عليه أى أثر فى نقل الملكية، وكذلك الأمر فيما إذا كان العقد صوريا، لأن العقد الصورى غير موجود، وبالتالى لا يترتب عليه أثر حتى ولو سجل[1].

طبيعة التسجيل:

ويثور تساؤل فى الفقه حول الطبيعة القانونية للتسجيل، ذلك أن المشرع يجعل له دورا فعالا فى نقل ملكية العقار المبيع، مع أنه ليس عنصرا أو شرطا شكليا فى عقد البيع يتوقف على تخلفه بطلان العقد، فكيف يفسر تعليق انتقال الملكية عليه؟.

لم يحاول الفقه أن يقدم الاجابة الواضحة التى تبرر هذا الارتباط بين نقل الملكية والتسجيل، على اعتبار أنه ركن من أركان العقد، وهذا ما يجب أن يكون، وإنما اكتفى بما يفيد أنه شرط لنفاذ العقد، يترتب على تخلفه عدم سريانه[2].

ليس للتسجيل أثر رجعى:

والملكية فى العقار المبيع تنتقل بالتسجيل، إذا كان عقد البيع صحيحا نافذا صادرا من مالك بمجرد تسجيله، أو منذ تسجيل الحكم

---

(1) د. عبد الرازق حسن فرج – ص ١٦٨، والأحكام المشار إليها فيه، د. محمد السعيد رشدى – ص ١١١، وفى هذا حكم النقض المدنى فى ١٩٦٥/٥/٢٧، المجموعة –س ١٦ رقم ١٠٥، ص ٦٥٥، وفى ١٩٥٦/٢/٩، المجموعة – س٧ – ص٢٠٥.

(2) راجع: د. جميل الشرقاوى – فقرة ٥٤.

الصادر لصالح المشترى بصحة العقد ونفاذه سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير، وليس من وقت العقد، أى ليس للتسجيل أثر رجعى[1]، وهذا ما ذهب إليه الرأى السائد فى الفقه والقضاء[2].

التنازع بين مشتريين بعقدين مسجلين:

الراجح فى الفقه والقضاء أن الملكية لاتنتقل فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا بالتسجيل، ومن تاريخ التسجيل، ولكن قد يحدث أن يقوم البائع ببيع العقار إلى مشتر ثان ويقوم هذا الأخير بالتسجيل قبل المشترى الأول، والحكم فى هذه الحالة أن الملكية تنتقل إلى المشترى الثانى الذى قام بالتسجيل، وهنا يثور تساؤل حاصله: هل تثبت الأفضلية للمشترى الثانى فى تلك الحالة بصفة مطلقة؟.

---

(1) قارن ما ذهب إليه:
د. عبد السلام ذهنى -فى الأموال - جـ٢ فقرة ٦٢٧، والسنهورى فى الوسيط - فقرة ٢٨٣، حيث يريان أن للتسجيل أثرا رجعيا يستند إلى تاريخ ابرام عقد البيع، وفى هذا المعنى المذكرة الايضاحية للقانون المدنى الحالى - المجموعة ص ٣٤١.

(2) د. عبد المنعم البدراوى - فقرة ٢١٩، أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى - فقرة ٢٧٠، أنور سلطان وجلال العدوى - فقرة ٢٧٨، د. اسماعيل غانم - فقرة ١١٦، د. منصور مصطفى منصور -فقرة ٧١، د. سمير تناغو - فقرة ٤٦، د. جميل الشرقاوى - ص ١٩٦ ومابعدها، د. خميس خضر - فقرة ٨٧، د. محمد على عمران -فقرة ٨٤، توفيق فرج فقرة ١٢٤، وحكم النقض المدنى فى ١٩٧٨/٦/٢٧ فى الطعن رقم ٨٩ لسنة ٤٥ق المجموعة س ٢٩- ص١٥٧٠، وفى ١٩٧٩/١/٢٤ فى الطعن رقم ٨٠ لسنة ٤٥ق، المجموعة س٣٠ - ص٣٥٧ ونقض مدنى فى ١٩٤٩/١٢/٢٢ أحكام النقض للسنة الأولى رقم ٢٥ - ص١١٨، وفى ١٩٥٠/١١/٢٣، المجموعة س٢ - ص٩٣ رقم ١٥.

رأيان فى المسألة:

ذهب رأى إلى الاعتداد بالأسبقية فى التسجيل مطلقا، حتى ولو كان المشترى الثانى يعلم بوجود البيع الأول، وحتى لو كان متواطئا مع البائع، ذلك أن العبرة فى نظره، بالتسجيل مع صحة العقد وقد حصل للمشترى الثانى، ومن الواجب أن يتم وضع حد للمنازعات التى تثور حول حسن النية أو سوئها، وهذا القول من شأن العمل به أن يؤدى إلى استقرار الملكية العقارية، ويتمشى مع ما هو مرغوب فيه من الأخذ بنظام السجلات العينية[1].

وذهب رأى آخر، إلى عدم الاعتداد بالأسبقية فى التسجيل على سبيل الاطلاق وإنما يحد منها اتجاهان:

أولهما: ضرورة توافر حسن النية لدى المشترى:

وقد قرر أصحاب هذا الإتجاه أنه يلزم أن يكون المشترى الثانى الذى سبق فى التسجيل حسن النية حتى يفضل على المشترى الأول الذى لم يسجل، ويتمثل حسن النية فى عدم علم المشترى الثانى بسبق البيع، فإذا كان المشترى الثانى يعلم وقت شرائه أنه يشترى من بائع سبق له التصرف فى المبيع ذاته إلى مشتر سابق فإنه يعد سيىء النية، ولا يستفيد من أسبقيته فى التسجيل ويكفى

---

(1) من هذا الرأى: د. اسماعيل غانم – فقرة ١٢٢، د. جميل الشرقاوى–المكان السابق، د.منصور مصطفى منصور – فقرة ٧٢، د. عبد المنعم البدراوى – فقرة ٢١١.

العلم البسيط دون أن يكون هناك تواطؤ[1].

ثانيهما: يرى ضرورة عدم وجود تواطؤ:

ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن العلم بسبق التصرف لا يتنافى مع حسن النية، ولكن الذى يعول عليه، هو وجود التواطؤ، فلو أن المشترى الثانى، كان يعلم بوجود البيع وكان صحيحا، فإن مجرد العلم بسبق البيع لا أثر له فى تفضيل المشترى الثانى، طالما لم يكن متواطئا مع البائع على الإضرار بالمشترى الأول، أما لو كان متواطئا مع البائع على الإضرار بحقوق المشترى الأول، فلا يكون له التمسك بأسبقيته فى التسجيل.

وأساس هذا الرأى: القاعدة العامة التى تقضى بأن الغش يبطل كل التصرفات، فالعقد المسجل إذا جاء نتيجة غش، وتواطؤ يكون باطلا ولا يصححه التسجيل، والغش عمل غير مشروع يلزم فاعله بتعويض الضرر الناتج عنه، وخير تعويض فى تلك الحالة هو عدم الاعتداد بالتسجيل[2].

---

(١) من هذا الرأى: د. أنور سلطان - عقد البيع ١٩٥٢- فقرة ١٨٣، أنور سلطان وجلال العدوى - ص ٢٣٩.

(٢) الوسيط للسنهورى - فقرة ٢٩٠، د. عبد الفتاح عبد الباقى - فقرة ١٠٤ د. محمد رشدى - ص١١٦، وراجع فى هذا: بحث الدكتور شمس الدين الوكيل- أثر الغش على الأسبقية فى التسجيل عند تزاحم المشترين لعقار واحد - مجلة الحقوق - جامعة الاسكندرية سنة ١٩٥٩ -العددان ١،٢- ص٩٣ ومابعدها.

وجدير بالذكر أن اتجاه القضاء فى مصر يأخذ بمبدأ الأسبقية المطلقة للتسجيل حتى ولو كان المشترى الثانى متواطئا مع البائع على الإضرار بحقوق الغير [1].

وفى نظرنا أن مسلك القضاء هوالراجح، حيث يجب الاعتداد بسبق التسجيل بصفة مطلقة، فذلك هو الأجدر بالاعتبار، تقوية لأثر التسجيل اتفاقا مع قصد المشرع، فضلا عن استقرار الملكية وثباتها، ومعيار حسن النية أو تواطؤ المشترى الثانى مع البائع معيار غير منضبط، ويسهل التلاعب فيه من خلال وسائل الإثبات لحساب أى من الطرفين، وعلى حساب المبدأ المقرر قانونا وهو الاعتداد بالتسجيل، ولذلك فاننا نرجح هذا الاتجاه.

---

(1) نقض مدنى فى ١٩٦٦/٢/٢٥، المجموعة ص ١٦ رقم ٣٩ ص ٢٩٥ وفى ١٩٦٦/٣/٢٤ المجموعة س ١٧ رقم ٩٨ ص ٧٢٣.

المبحث الثانى

التزام البائع بتسليم المبيع

يعتبر الالتزام بتسليم المبيع، من الالتزامات المهمة التى يرتبها عقد البيع فى ذمة البائع، وهو الـتزام مهم بالنسبة للمشترى حيث يتمكن بمقتضاه من الانتفاع بالعين المبيعة، كما أن الملكيـة فـى بيع المنقول المعين بالنوع لا تنتقل إلا بالإفراز، وهو يتم عادة بالتسليم، كما أن التسليم فى المنقولات المادية يحمى المشترى المنقول ملكيته التى يكتسبها بمجرد العقد، دون أن يحتج الغير فى مواجهته بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز.

ولأهمية التسليم فى عقد البيع، عنى المشرع بتنظيم أحكامه فى المواد من (٤٣١) إلى (٤٣٨) مدنـى، وسوف نتناول دراسته من خلال مطلبين، نخصص أولهمـا: لبيان مضمون الالتزام بالتسليم، وثانيهما: لبيان أحكامه.

المطلب الأول

مضمون الالتزام بتسليم المبيع

ودراسة مضمـون الالـتزام بتسليم المبيـع يقتضـى بيـان معنـى التسليم وكيفيته، ونطاق الالتزام به، والحالة التى يتـم عليهـا التسـليم ونخصص لكل موضوع منها فرعا.

الفرع الأول

معنى التسليم وكيفيته

وتسليم المبيع هو اجراء يؤدى إلى تمكين المشترى من المبيع بحيث يستطيع أن يمارس سلطاته عليه كمالك، دون أن يمنعه من ذلك مانع[1].

وقد نصت المادة (٤٣٥) مدنى، على أنه: "١- يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق، ولو لم يستول عليه استيلاء ماديا، ما دام البائع قد أعلمه بذلك، ويحصل هذا التسليم على النحو الذى يتفق مع طبيعة الشيىء المبيع. ٢- ويجوز أن يتم التسليم بمجرد تراضى المتعاقدين، إذا كان المبيع فى حيازة المشترى قبل البيع، أو كان البائع قد استبقى المبيع فى حيازته بعد البيع بسبب آخر غير الملكية.

ويبدو من نص المادة (٤٣٥) مدنى، أن هناك طريقتين للتسليم الأولى: تتمثل فى التسليم الفعلى، والثانية: تتمثل فى التسليم الحكمى، وينبغى بيان ذلك.

---

(١) د. جميل الشرقاوى – فقرة ٥٩.

أولا: التسليم الفعلى للمبيع:

والتسليم الفعلى يتمثل فى وضع المبيع تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق، ويتحقق التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشترى، أيا كانت الوسيلة التى يتم بها ذلك[1].

ولا يتحقق الالتزام بالتسليم إذا وجد عائق يحول بين المشترى وحيازة المبيع والانتفاع به، يستوى أن يكون ذلك العائق من جهة البائع نفسه، كما لو استمر فى زراعة الأرض المبيعة، أو فى استعمال السيارة وعدم نقل ملكيتها، ووضع جميع الأوراق اللازمة لذلك تحت تصرف المشترى أو كان الذى يعوق التسليم شخص غير البائع، فإن الالتزام بالتسليم لن يتم فى كلتا الحالتين[2].

ووفقا لما تقضى به المادة (٤٣٥) مدنى، فإنه لا يكفى أن يقوم البائع بوضع المبيع تحت تصرف المشترى، بل يلزم أن يكون المشترى على علم بما قام به البائع من خلال إخطاره به، وقد وضحت ذلك المذكرة الايضاحية للقانون، حين قررت: أن التسليم يتم بتوافر عنصرين هما؛ وضع المبيع تحت تصرف المشترى، وعلم المشترى بهذا الوضع، والمفروض أن البائع هو الذى يعلمه

---

(١) د. جميل الشرقاوى – المكان نفسه، د. خميس خضر – فقرة ٥٩، د. توفيق فرج – فقرة ١٣٣، د. محمد السعيد رشدى – ص١٢٢.

(٢) د. توفيق فرج – ص٢٢٢.

بذلك[1]، ولا يلزم لهذا الاعلان شكل خاص، فيتم بكافة الطرق، كما لا يلزم فيه إعلان رسمى.

وإذا تم التسليم على هذا النحو تبرأ ذمة البائع من الالتزام به، حتى ولو لم يتسلمه المشترى، لأن الالتزام بالتسليم يقع على عاتق المشترى كما سنرى.

ثانيا: التسليم الحكمى:

ويكون التسليم الحكمى باتفاق الطرفين على تغيير صفة الحيازة، وذلك كما لو كان المبيع تحت يد المشترى لأى سبب آخر كأجارة أو إعارة، فلو اشتراه وهو تحت يده على هذا النحو، فإن تسليمه لا يستلزم القيام بأى عمل خارجى، بل يكفى أن يغير المشترى نيته فى حيازة المبيع من حيازة مستأجر إلى حيازة مالك.

وقد يبقى المبيع فى حيازة المالك بعد البيع، ولكن بقاءه يكون بصفة أخرى كمستأجر له - مثلا - من المشترى، أو مستعير، فتسليم المبيع لا يتم فعلا إلى المشترى بل يبقى فى حيازة البائع مع اعتبار أن التسليم قد تم حكما بعد أن صار حائزا لحساب المشترى لا لحساب نفسه[2]، ففى كلتا الحالتين يكون التسليم قد تم بمجرد الاتفاق على تغيير صفة الحيازة.

---

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية - جـ ٦٨ وما بعدها.

(2) د. جميل الشرقاوى - فقرة ٥٩.

الفرع الثانى

نطاق الالتزام بالتسليم

ولا يقتصر نطاق الالتزام بالتسليم على الشيىء المبيع فحسب، بل يمتد إلى ملحقاته.

وقد نصت على ذلك المادة (٤٣٢) مدنى، بقولها: "يشمل التسليم ملحقات الشيىء المبيع، وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيىء وذلك طبقا لما تقضى به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين.

ويبدو من هذا النص أنه لم يحدد المقصود بالملحقات، لكن يمكن القول إنها تشمل كل ما أعد بصفة دائمة ليكون تابعا للأصل وملحقا به، بحيث لو فصل عنه، فإنه لن يؤدى الغرض الذى قصد المشترى إليه بشرائه[1].

وتطبيقا لذلك:

فإنه إذا كان المبيع عقارا يعتبر من ملحقاته، مفاتيح المنزل ومستندات الملكية وعقود التأمين، والحقوق والدعاوى المرتبطة به كحقوق الارتفاق، ودعوى الضمان التى للبائع ضد المهندس والمقاول اللذين قاما ببناء المنزل، كما يعتبر من ملحقاته الأفران

(١) الوسيط للسنهورى – فقرة ٣٠٢، د. توفيق فرج – فقرة ١٤٩، د. عبد المنعم البدراوى – فقرة ٢٦، د. منصور مصطفى منصور–فقرة ٧٥، د. سمير تناغو – فقرة ٥٥، د. عبد الرازق حسن فرج – ص ٢٠٣، د. أنور سلطان وجلال العدوى – فقرة ٢٩٧.

الملحقة به، والمغاسل، ولكن لا يدخل فى الملحقات المنقولات التى لا يمكن فصلها دون تلف كالمرايا غير المثبتة، والنجف المعلق[1].

وإذا كان المبيع أرضا فإنه يعد من ملحقاته البناء المقام عليه فإذا كان أرضا زراعية، اعتبر من ملحقاته حقوق الارتفاق، والعقارات بالتخصيص، كالمواشى والآلات الزراعية.

وإذا كان المبيع بستانا، دخل فى ملحقاته الأشجار المغروسة والثمار التى لم تنضج، أما الثمار الناضجة فلا تدخل فى الملحقات[2]، وإذا كان المبيع مصنعا اعتبر من ملحقاته المخازن التى تودع فيها المصنوعات، وكذلك السيارات المخصصة لنقل البضائع، وإذا كان المبيع حيوانا اعتبر من ملحقاته صغاره التى يرضعها، وكذلك الصوف ولو كان مهيأ للجز، وهذه الأمثلة كما تقول المذكرة الايضاحية للبيان وليست للحصر[3].

ويكون للمشترى ثمر المبيع ونماؤه من وقت إتمام البيع، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت، ما لم يوجد اتفاق، أو عرف يقضى بغير ذلك، مادة (٢/٤٥٨) مدنى[4].

---

(١) السنهورى – فقرة ٣٠٣، ومجموعة الأعمال التحضيرية – جـ٤ ص٥٦.

(٢) المرجعان السابقان.

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية – المكان السابق.

(٤) حتى ولو لم يتم نقل الملكية، راجع: مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص١٤٠، د. عبد المنعم البدراوى – فقرة ٢٦٣، أنور سلطان وجلال العدوى – فقرة ٢٩٦، د. جميل الشرقاوى فقرة ٦٠، د. اسماعيل غانم – فقرة ١٢٩، د. عبد الرازق حسن فرج – فقرة ١٥٣، د. خميس خضر – فقرة ٩٤، د. محمد السعيد رشدى – ص١٢٩.

الفرع الثالث

حالة المبيع وقت التسليم

يجب على البائع أن يقوم بتسليم المبيع للمشترى بالحالة التى كان عليها وقت البيع، وذلك وفقا لما تقضى به المادة (٤٣١) مدنى، وهذا النص يلقى على عاتق البائع التزاما آخر يسبق التسليم، وهو الالتزام بالمحافظة على المبيع إلى حين التسليم، وقد جاء هذا النص فى سطره الأول تطبيقا للقاعدة العامة الواردة فى المادة (٢٠٦) مدنى، والتى تنص على أن: "الالتزام بنقل حق عينى يتضمن الالتزام بتسليم الشيىء، والمحافظة عليه حتى التسليم"، وهذا الحكم يشمل المبيع وملحقاته، لأن الملحقات تعتبر فى الواقع من المبيع، ومن ثم ينصرف الالتزام بالمحافظة على المبيع إليها، حتى يتم تسليمه للمشترى.

وتسليم المبيع بالحالة التى كان عليها وقت التعاقد مسألة واقع يستقل قاضى الموضوع بالفصل فيها دون رقابة عليه من محكمة النقض.

المبيع المعين بالذات:

وتطبيقا لذلك فإنه إذا كان المبيع معينا بذاته، يجب على البائع أن يحافظ عليه فإذا تصرف البائع على خلاف ذلك، بأن قام بالبناء فى الأرض المبيعة قبل التسجيل فإنه يعتبر مخلا بالتزامه بالتسليم بالحالة التى كان عليها المبيع وقت العقد، ويكون كأنه قد بنى فى

ملك غيره بسوء نية، وتطبيق عليه أحكام البناء فى ملك الغير فيلتزم بازالة البناء إذا طلب المشترى ذلك، كما أن له أن يستبقيه نظير تعويض المشترى له[1].

المبيع المعين بالنوع:

أما إذا كان المبيع معينا بنوعه، فقد نصت المادة (١/١٣٣) مدنى على أنه: "إذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيىء من حيث جودته، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أى ظرف آخر، التزم البائع بأن يسلم شيئا من صنف متوسط"، فالحالة التى يجب تسليم المبيع عليها فى هذا الفرض، يعينها الاتفاق فيسلم البائع الصنف المتفق عليه، فإذا لم يوجد اتفاق، التزم البائع بتسليم الصنف الذى يقضى به العرف أو أية ظروف أخرى ملابسة، فإذا لم يوجد هذا ولا ذاك يجب أن يسلم المبيع من صنف متوسط[2].

تسليم المبيع بنفس القدر:

كما يجب تسليم المبيع بنفس القدر المتفق عليه فى العقد، فالبائع ضامن لهذا القدر وقد ينقص المبيع أو يزيد، ويكون للمشترى المطالبة بالفسخ، أو بانقاص الثمن، إذا حدث نقص فى

---

(١) حكم النقض المدنى فى ١٩٣٢/١٢/٨، مجموعة عمر - جـ١ ص١٥٢، ونقض مدنى فى ١٩٤٥/٣/٢٩، السابق - جـ٤ ص٦٠١ رقم ٣٢٨، وراجع: د. عبد الرازق حسن فرج - ص ١٩٦، د. سمير تناغو - فقرة ٣٠.

(٢) د. خميس خضر - فقرة ٩٥، د. عبد الرازق حسن فرج - ص١٩٧.

القدر المسلم إليه عن القدر المتفق عليه فى عقد البيع، وقد يلتزم المشترى بتكملة الثمن، إذا كانت هناك زيادة فى القدر المتفق عليه فى عقد البيع، وفقاً لما نصت عليه المادة (٤٣٤) مدنى، بقولها: "إذا وجد فى المبيع عجز أو زيادة، فإن حق المشترى فى طلب إنقاص الثمن، أو فى طلب فسخ العقد، وحق البائع فى طلب تكملة الثمن يسقط كل منهما بالتقادم إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع تسليما فعليا".

وبناء على هذا النص، فإن الدعاوى الناشئة عن العجز فى المبيع أو زيادته تتقادم بمضى سنة[1].

المطلب الثانى

أحكام الالتزام بتسليم المبيع

ومن مقتضى بيان أحكام الالتزام بتسليم المبيع، القاء الضوء على زمان ومكان التسليم ونفقاته، وحق البائع فى حبس المبيع، وبيان على من تقع تبعة هلاك المبيع قبل التسليم، ونخصص لكل موضوع من تلك الموضوعات فرعاً:

---

(1) د. محمد على عمران – ص ٢٢١ ومابعدها. د. عبد الرازق حسن فرج–ص ١٩٧ ومابعدها، د. جميل الشرقاوى – فقرة ٦٠، د. عبد المنعم البدراوى–فقرة ٢٥٤، والوسيط للسنهورى – فقرة ٢٩٨، د. اسماعيل غانم – فقرة ١٣٥، د. منصور مصطفى منصور – فقرة ٧٥، د. سمير تناغو – فقرة ٥٤.

الفرع الأول

زمان التسليم ومكانه ونفقاته

أولاً: زمان التسليم:

لم تتضمن القواعد الخاصة بعقد البيع أحكاما خاصة بزمان التسليم، ومفاد ذلك أن المشرع قد ترك هذه المسألة للقواعد العامة الواردة فى باب الالتزام، وبمقتضى هذه القواعد، يجب على البائع أن يقوم بتسليم المبيع فى الوقت الذى يحدده الاتفاق بين المتعاقدين، فإذا لم يحدد للتسليم وقت، يتعين زمانه بانعقاد العقد مادة (٣٤٦)، مدنى، وذلك مع ملاحظة أن العرف قد يقضى بمنح البائع مهلة للتسليم خاصة فى مجال المعاملات التجارية، كما أن الاتفاق على تأجيل التسليم، قد يكون ضمنيا. يستخلص من الظروف، كما لو كان موجودا بمخازن بعيدة، وليس فى حيازة البائع، فيعطى البائع مهلة معقولة للتسليم[1].

ثانيا: مكان التسليم:

كما يجب أن يتم التسليم فى المكان الذى يتفق عليه المتعاقدان فإذا لم يوجد اتفاق أو عرف فيتم التسليم فى المكان الذى يوجد فيه

---

(١) د. عبد الرازق حسن فرج – ص ٢١١، د. اسماعيل غانم – فقرة ١٣٣، الوسيط للسنهورى – ص ٥٩٦، د. محمد السعيد رشدى – ص ١٣٢، د. توفيق فرج – فقرة ١٣٧، د. منصور مصطفى منصور – ص ١٣٨، د. محمد على عمران – فقرة ١٠١، ونقض مدنى فى ٢/٣/ ١٩٣٨– مجموعة عمر – جـ٢ رقم ٩٣ – ص ٢٧٣.

المبيع، وقت إبرام البيع إذا كان معينا بالذات، وأما إذا كان المبيع معينا بالنوع، ففي المكان الذى يوجد فيه موطن إقامة البائع أو مركز إدارة أعماله، إذا كان المبيع متعلقا بهذه العمال ذلك أن الدين مطلوب لا محمول، وهذا ما تقضى به القواعد العامة، وأما إذا كان هناك اتفاق على تصدير المبيع، فإن التسليم لا يتم إلا إذا وصل المبيع إلى المشترى، فمكان التسليم فى هذه الحالة، هو الذى يتفق على أن يتم فيه إرسال المبيع إلى المشترى مادة (٤٣٦) مدنى[١].

ثالثاً: نفقات التسلم:

ونفقات تسليم المبيع تقع على عاتق البائع، فهو المدين بالالتزام إلا إذا اتفق على غير ذلك، مادة (٣٤٨) مدنى، فإذا كان المبيع معينا بالنوع، فيقع على البائع نفقات إفرازه، كما يقع على البائع - بصفة عامة - نفقات نقل المبيع إلى المكان الذى يتم فيه التسليم، كما يقع على عاتق البائع - فى حالة المنقول واجب التصدير - نفقات شخص المبيع[٢]، أما نفقات نقل المبيع من مكان إلى آخر

---

(١) د. محمد على عمران - ص ٢٢٦، د. اسماعيل غانم - فقرة ١٣٣، الوسيط للسنهورى فقرة ٣٠٠، د. عبد المنعم البدراوى-فقرة ٢٧٠ د. جميل الشرقاوى - فقرة ٢٦١، د.منصور مصطفى منصور-فقرة ٧٧، د. عبد الفتاح عبد الباقى-فقرة ١٢١، د. عبد الرازق حسن فرج-ص ٢١٠ د. خميس خضر-فقرة ٩٧.

(٢) د. اسماعيل غانم - ١٨٥، د. محمد على عمران - ص ٢٢٧، د. عبد الرازق حسن فرج - ص ٢١٢.

يريده المشترى ورسوم المرور، فهى على المشترى، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يجعلها على البائع[1].

الفرع الثانى

حق البائع فى حبس المبيع

وحق الباع فى حبس المبيع يقتضى بيان أسباب ثبوت هذا الحق وأحكامه.

أولاً: أسباب ثبوت حق الحبس للبائع:

أشارت المادة (٤٥٩) مدنى، إلى بعض أسباب ثبوت الحق للبائع فى حبس المبيع بقولها: "١- إذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع فى الحال فللبائع أن يحبس المبيع، حتى يستوفى ما هو مستحق له، ولو قدم المشترى رهنا أو كفالة، هذا ما لم يمنح البائع المشترى أجلا بعد البيع، ٢- وكذلك يجوز للبائع أن يحبس المبيع، ولو لم يحل الأجل المشترط لدفع الثمن، إذا سقط حق المشترى فى الأجل طبقا لأحكام المادة (٢٧٣) مدنى".

كما تنص المادة (٤٦٠) مدنى على أنه: "إذا هلك المبيع فى يد البائع، وهو حابس له، كان الهلاك على المشترى، ما لم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع".

---

(١) السنهورى فقرة ٣١٣، د. عبد الرازق حسن فرج - المكان السابق - مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص٧٣.

ويبدو من هذه النصوص أن هناك حالات يثبت فيها الحق للبائع فى حبس المبيع، كما أن هناك حالات لا يكون له فيها هذا الحق.

(أ) حالات ثبوت حق حبس المبيع للبائع:

للبائع أن يمتنع عن تنفيذ التزامه بالتسليم رغم حلوله، فيحبس المبيع، إذا كان المشترى لم يدفع ما هو مستحق عليه من الثمن وهذا الحكم يعتبر تطبيقا للقواعد العامة فى الحبس وفقا للمادة (٢٤٦) مدنى، وفى الدفع بعدم التنفيذ وفقا للمادة (١٦١) مدنى، ولكن مع ذلك ينطوى على مخالفة لتلك القواعد العامة، وذلك من خلال نص المادة (٤٥٩) مدنى، على إعطاء البائع الحق فى الحبس حتى ولو قدم المشترى رهنا أو كفالة، مع أن المادة (١/٢٤٦) مدنى، تقضى بأن للمدين أن يجبر الحابس على تسليم الشيىء إذا قام بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه، ولعل حكمة هذه المخالفة، أن كل ما يهم البائع هو حصوله على الثمن، فإذا لم يتم ذلك كان له أن يستعمل حقه فى الحبس، ولكن يجب على البائع حتى يكون له حق الحبس أن يثبت أنه لم يستوف الثمن كاملاً.

والحق فى الحبس لا يتجزأ، ومن ثم يجوز للبائع أن يحبس المبيع بأكمله، حتى يستوفى الثمن كله، وذلك فى حدود عدم التعسف فى استعمال حقه، وبالتالى لا يجوز له التمسك بحق الحبس، إذا لم

يبق له من الثمن إلا جزء بسيط لا يبرر استعمال حق الحبس أو استمراره[1].

(ب) سقوط الحق فى حبس المبيع:

وإذا تقرر حق البائع فى حبس المبيع فإن هذا الحق يسقط فىالحالات الآتية:

(١) إذا استوفى البائع الثمن أو تنازل عنه.

(٢) إذا سكت البائع عند رؤية المشترى وهو يأخذ المبيع وكان قادراً على منعه من ذلك، وبمعنى آخر إذا خرج المبيع من حيازة البائع باختياره.

أما إذا كان المبيع قد خرج من تحت يد البائع خلسة أو بدون إرادته، فإن حقه فى الحبس لا يسقط، ويكون له حق استرداد المبيع فى خلال ثلاثين يوما من وقت علمه بخروج المبيع من تحت يده، وقبل انقضاء سنة من وقت خروجه (م ٢٤٨) مدنى.

(٣) إذا حول البائع حقه فى الثمن إلى آخر، فإن الثمن ينتقل إلى المحال له بضماناته، ومن بينها حق حبس المبيع، أما إذا أحال المشترى البائع على أحد (فى حالة حوالة الدين)، فلا يعد قبول

---

(١) الوسيط للسنهورى – فقرة ٤٠٤، د. محمد السعيد رشدى – فقرة ١٣٧، د. جميل الشرقاوى – فقرة ٦٢، د. منصور مصطفى منصور–فقرة ٧٠، د. عبد المنعم البدراوى، فقرة ٢٧٥، د. عبد الرازق حسن فرج–ص ٢١٦.

البائع للحوالة، نزولا عن حقه في حبس المبيع، بل ان له حبسه حتى يستوفى حقه، إما من المحال أو من المحال عليه.

(٤) إذا منح البائع المشترى أجلا جديدا بعد البيع للوفاء بالثمن فإن حقه فى حبس المبيع يسقط، مادة (١/٤٥٩) مدنى، إذ أن مثل هذا المسلك من قبل البائع يعد تنازلا ضمنيا منه عن حقه فى الحبس، وذلك بخلاف نظرة الميسرة التى يمنحها القاضى للوفاء بالثمن، فإنها لا يترتب عليها سقوط حق الحبس[١].

(٥) هلاك المبيع المحبوس، كما ينقضى الحق فى حبس المبيع بهلاك المبيع المحبوس، ويتحمل المشترى فى هذه الحالة تبعة الهلاك، فيظل ملتزما بالوفاء بالثمن ما لم يكن الهلاك بفعل البائع، مادة (٤٦٠) مدنى، ويعتبر هذا الحكم استثناء من القاعدة العامة المقررة بالمادة (٤٣٧) مدنى، والتى تقضى بأن تبعة هلاك المبيع قبل التسليم تقع على عاتق البائع، ولعل الحكمة من هذا الاستثناء ترجع إلى هلاك المبيع تحت يد البائع، وهو حابس له، مرده إلى تقصير المشترى فى الوفاء بالثمن فيتحمل تبعة الهلاك[٢].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية- حـ٤ ص ١٣٥، والوسيط للسنهورى - ص ٨٠٦ ومابعدها، د. عبد المنعم البدراوى - فقرة ٢٧٥، د. عبد الرازق حسن فرج-ص٢١٧، د. محمد السعيد رشدى - ص ١٣٨ ومابعدها.

(٢) أنور سلطان وجلال العدوى- فقرة ٣٢٥، د. منصور مصطفى منصور - فقرة ٧٦، د.عبد المنعم البدراوى - فقرة ٢٧٦، د. عبد الرازق حسن فرج - ص ٢١٨.

ثانيا: أحكام ثبوت الحق فى حبس المبيع:

للبائع الحق فى حبس المبيع حتى يستوفى الثمن كله، إذ لحق فى الحبس غير قابل للتجزئة، وليس للمشترى إذا دفع جزءا من الثمن الذى حل أن يطالب البائع بتسليمه جزءا يقابله من المبيع، ولو كان المبيع مما يمكن تجزئته ما دام أنه قد بيع صفقة واحدة[1].

وللبائع أن يحتج بحقه فى الحبس فى مواجهة الغير، فإذا باع المشترى الشيىء المبيع، وأراد المشترى الثانى تسلمه من البائع الأول، كان لهذا الأخير أن يتمسك بحقه فى الحبس ويرفض التخلى عن الشيىء فى مواجهة المشترى الثانى، إذ هو من الغير بالنسبة للبائع الأول حتى يستوفى حقه[2].

ويشمل الحق فى الحبس أصل البيع ونماؤه وثماره الناتجة عنه بعد البيع، مع مراعاة أن ثمار المبيع خلال فترة حبسه ملك للمشترى، وعلى البائع أن يقدم حساباً عن غلته فى فترة حبسه فضلاً عن التزامه بالمحافظة على المبيع أثناء حبسه وفقا لأحكام رهن الحيازة[3].

---

(1) السنهورى – فقرة ٤٠٤ – د. توفيق فرج – ص ٢٣٦.

(2) د. توفيق فرج – السابق – ص ٢٣٨.

(3) د. محمد السعيد رشدى – ص ١٤٠.

الفرع الثالث

تبعة هلاك المبيع قبل التسليم

موضوع تحمل التبعة، أو تحمل تبعة هلاك الشيىء المبيع لا تثور فى عقد البيع إلا إذا كان المبيع معينا بالذات، أما إذا كان المبيع معينا بالنوع، أى مثليا، فإنه قبل إفرازه لا تكون له ذاتية محددة، حتى يقال إنه قد هلك، ويستطيع البائع فى تلك الحالة أن يقدم شيئاً من مثله، ولهذا يقال: المثليات لا تهلك، لكن لو تم إفرازه وهلك فإنه يصبح معيناً بذاته، وتسرى عليه القواعد العامة في هلاك المبيع.

لذلك لا تثور تبعة الهلاك، إذا كان هلاك المبيع راجعا إلى سبب أجنبى لا يد للبائع أو للمشترى فيه، قبل التسليم، مادة (١٥٩) مدنى، أما إذا كان الهلاك راجعا إلى تقصير البائع، فإنه يكون مسئولا ويتحمل تبعة هلاكه، ويفسخ البيع ويكون للمشترى الحق فى استرداد الثمن، مع عدم الإخلال بحقه فى التعويض، وإذا هلك بفعل المشترى فإنه يكون مسئولا عن الوفاء بالثمن ويتحمل تبعة الهلاك.

ذلك ما تقضى به القواعد العامة، وقد طبق المشرع هذه الأحكام فى عقد البيع، فى المادتين (٤٣٧، ٤٣٨) وهاتان المادتان، تعتبران تطبيقا للمبادىء العامة.

وهلاك المبيع قد يكون كليا، وقد يكون جزئيا، ونبين تبعة الهلاك فى كلتا الحالتين.

أولاً: تبعة الهلاك الكلى للمبيع:

نصت المادة (٤٣٧) مدنى، على أنه: "إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه، انفسخ البيع واسترد المشترى الثمن إلا إذا كان الهلاك بعد إعذار المشترى لتسليم المبيع.

ويبدو من هذه المادة أن المقصود بالهلاك، هو زوال الشيىء المبيع من الوجود بمقوماته الطبيعية[١].

وقد ربط المشرع تبعة الهلاك بالتسليم، والمراد به هو التسليم القانونى لا الفعلى[٢]، فيكفى أن يضع البائع المبيع تحت يد المشترى بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به، وأن يعلمه بذلك، فتنتقل تبعة الهلاك إلى المشترى، حتى ولو لم يستول عليه استيلاء مادياً[٣].

---

(١) نقض مدنى فى ١٩٦٦/٢/١ - المجموعة س ١٧ ص ٢٠٦، وفى ١٩٦٨/٢/٢٦ المجموعة س ١٩ ص ١٥٦٦.

(٢) د. منصور مصطفى منصور - فقرة ٧٣، د. عبد الرازق حسن فرج - ص ٢٢٠، د.عبد المنعم البدراوى - فقرة ٢٧٨.

(٣) د. عبد المنعم البدراوى - المكان السابق - د. اسماعيل غانم -فقرة ١٤٦، د. عبد الرازق حسن فرج - المكان السابق، د. خميس خضر - فقرة ١٠٦، ويلاحظ أن المشرع الفرنسى قد ربط تبعة الهلاك بنقل الملكية حتى ولو لم يتم التسليم، فيدخل المبيع فى ضمان المشترى بمجرد قيام العقد، وذلك تطبيقا لمبدأ الغنم بالغرم حيث إن المشترى يستفيد من كل زيادة فى المبيع من يوم البيع أو على أساس أن عقد البيع ناقل للملكية بمجرد انعقاده، أو على أساس أن يد البائع على المبيع بمجرد العقد تصبح يد أمانة والأمين لا يضمن، راجع فى تفصيل هذه الأقوال: السنهورى-فقرة ٣١٦ هامش،=

فتبعة الهلاك فى التشريع المصرى ترتبط بالتسليم، فإذا هلك المبيع قبل التسليم بسبب لا يد للبائع فيه، كما إذا هلك بقوة قاهرة، أو بفعل أجنبى، فإن البيع ينفسخ بقوة القانون ويتحلل كل من البائع والمشترى من التزاماته، فإذا كان المشترى قد دفع ثمن المبيع كان له أن يسترده ويتحمل البائع بذلك تبعة الهلاك قبل التسليم، أما إذا تم الهلاك بعد التسليم فإن هلاكه يقع على المشترى ولا يستطيع أن يتحلل من التزامه بالوفاء بالثمن[1] ويلاحظ أن جعل تبعة الهلاك مرتبطة بالتسليم يتفق مع اتجاه الفقه الإسلامى فى هذه المسألة[2].

ثانيا: تبعة الهلاك الجزئى للمبيع:

وإذا كان الهلاك جزئيا، بأن نقصت قيمة المبيع قبل تسليمه لتلف أصابه، جاز للمشترى إما أن يطلب فسخ البيع، إذا كان النقص جسيماً بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع، وإما أن يبقى البيع مع انقاص الثمن، مادة (٤٣٨) مدنى.

وتقدير جسامة الهلاك الجزئى يعتبر أمرا موضوعيا، ومن ثم لا يجوز للمشترى أن يستقل بفسخ العقد، بل يتقرر بحكم القاضى، وذلك بخلاف الهلاك الكلى حيث يقع الفسخ بقوه القانون، وتبعة

=منصور مصطفى منصور – فقرة ٧٣، د. عبد المنعم البدراوى–فقرة ٢٧٧، ص ٤٢٧ هامش(١).

(١) د. عبد الفتاح عبد الباقى – فقرة ١٢٨، د. عبد المنعم البدراوى–فقرة ٢٧٨.

(٢) راجع فى هذا الموضوع بصفة خاصة رسالة د. محمد زكى عبد البر – تحمل التبعة فى الفقه الإسلامى – ص١٧٧ ومابعدها – القاهرة ١٩٥٠.

الهلاك تقع على البائع قبل التسليم، ويتحمل المشترى تبعة الهلاك إذا حدث بعده[1].

حالات تحمل المشترى لتبعة الهلاك قبل التسليم:

ولئن كانت القاعدة فى التقنين المصرى أن تبعة الهلاك قبل التسليم تقع على عاتق البائع، إلا أن هناك حالات يتحمل المشترى فيما تبعة الهلاك قبل التسليم هى:

(١) الاتفاق بين البائع والمشترى على تحمل الأخير لتبعة الهلاك قبل التسليم، لأن القاعدة ليست آمره، فيجوز الاتفاق على خلافها.

(٢) إذا أعذر البائع المشترى لتسلم المبيع فى الأجل المتفق عليه وامتنع المشترى مع هذا الاعذار عن استلامه، مادة (٤٣٧) مدنى.

(٣) إذا هلك المبيع تحت يد البائع، وهو حابس له بسبب عدم قيام المشترى بالوفاء بالثمن، فإن تبعة الهلاك تقع على عاتق المشترى مادة (٤٦٠) مدنى.

(٤) إذا وضع المشترى يده على المبيع - حتى ولو كان هذا بدون إذن من البائع أو بدون حكم القضاء - وهلك تحت يده، فإنه ليس له فى هذه الحالة أن يحتج بعدم التسليم وإلا كان هذا تمسكا

---

(١) يستوى أن يكون الهلاك كليا أو جزئيا، د. عبد الفتاح عبد الباقى - فقرة ١٢٩.

منـه بفعلـه الخـاطئ، والمخطـئ لا يسـتفيد مـن خطئـه فتقـع تبعـة الهلاك عليه ويلزم بدفع الثمن[1].

(٥) فى القانون التجـارى، تنـص المـادة (٩٤) منـه، علـى أن: "البضائع التى تخرج من مخزن البائع أو المرسل يكون خطرها فـى الطريق على من يملكها، ما لم يوجد شرط بخلاف ذلك".

وبناء على هذا النص ترتبط تبعة الهـلاك بنقـل الملكيـة، حيث يتحمل المشترى تبعة الهلاك ولو لم يكن قد تسلم البضائع[2].

---

(١) د. عبـد الفتـاح عبـد البـاقى – فقـرة ١٣١، د. عبـد الـرازق حسـن فـرج – ص٢٢٤، د.محمد على عمران – ص ٢٣٣ ومابعدها، ويذهب جانب من الفقه إلى أنه يشـترط أن يكون البائع قد أعذر المشترى لدفع الثمن فتكفى المطالبة واعلان التمسك بالحبس بـأى طريق، فالإعذار ليس شرطا للتمسك بالحق فى الحبس. د. اسماعيل غانم – فقرة ١٤٣.

(٢) د. خميس خضر – فقرة ١٠٧، د. عبد المنعم البدراوى – فقرة ٢٨٠، د. اسمـاعيل غـانم – فقرة ١٤٣، د. منصور مصطفى منصور – فقرة ٧٥، د. عبد الرازق حسـن فـرج – المكان السابق.

المبحث الثالث

التزام البائع بالضمان

إذا كان من التزامات البائع أن يقوم بنقل الحق المبيع إلى المشترى، ويضعه تحت تصرفه بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق، وفقا لما تقضى به قواعد الالتزام بتسليم المبيع، فإنه يجب عليه أن يضمن للمشترى بقاء ملكية المبيع والانتفاع به على نحو كامل دون منازعة من أحد.

فيجب على البائع أن يمتنع شخصيا عن كل فعل يكون من شأنه تعكير حيازة المشترى، أو حرمانه من مباشرة سلطاته القانونية على المبيع بلا معارضة، كما يجب عليه أن يدفع أى تعرض يصدر من الغير، وإذا استحق المبيع لغير المشترى وجب على البائع أن يعوضه عن ذلك.

ولا يشترط لنشوء الضمان أن يكون عقد البيع مسجلا، ذلك أن التزام البائع بالضمان التزام شخصى ينشأ من عقد البيع، كما يلتزم البائع بضمان العيوب الخفية التى تحول بين المشترى والغاية المقصودة من الشراء.

والحق فى الضمان لا يقتصر على عقد البيع، وإنما يشمل جميع عقود المعاوضات الناقلة للحقوق كالمقايضة، مادة (٤٨٥) مدنى، والقرض، مادة (٥٤٠) مدنى، والشركة، مادة (٥١١) مدنى.

كما يوجد فى العقود الكاشفة كالقسمة، مادة (٨٤٤) مدنى، وفى الايجار، المواد: (٥٧١ - ٥٨٧) مدنى، والعارية، مادة (٦٣٨) مدنى.

وفى الهبة إذا كانت بعوض أو تكليف، ففى هذه الحالة يكون الواهب مسئولا عن الاستحقاق على قدر قيمة العوض والتكليف المادتان (٤٩٤ - ٤٩٥) مدنى.

وقد حرص المشرع على تنظيم أحكام الضمان فى عقد البيع تقديرا لأهميته، دون سائر العقود الأخرى، حيث اكتفى بالنسبة لها بالاحالة على ما ورد فى عقد البيع من أحكام الضمان، مع بيان وجوه الاختلاف فى الضمان عن البيع فى كل منهما إذا لزم.

ونتناول فى دراستنا بيان أحكام الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق فى مطلب أول، وبيان الالتزام بضمان العيوب الخفية فى مطلب ثان، ثم نبين الاتفاق على تعديل أحكام الضمان فى مطلب ثالث.

المطلب الأول

ضمان التعرض والاستحقاق

يجب على البائع أن يمتنع عن التعرض للمشترى فى الانتفاع بالمبيع أو فى حيازته أو ملكيته وهذا ما يسمى بضمان التعرض الشخصى كما يجب عليه أن يدفع عن المشترى التعرض الصادر من الغير إذا ادعى حقا على المبيع يعتبر البائع مسئولا عنه، ومن

ثم يكون التزام البائع بضمان التعرض شاملا لتعرضه الشخصى، ولتعرض الغير فنخصص لكل نوع من هذين الالتزامين فرعا.

الفرع الأول

ضمان التعرض الشخصى

لايجوز للبائع أن يتعرض بنفسه للمشترى فى حيازة المبيع تعرضا قانونيا، أو ماديا حيث لا يتصور أن يأتى البائع من الأفعال ما يتنافى مع التزامه مع المشترى، ومن ثم يجب عليه أن يمتنع عن كل عمل من شأنه أن يحرم المشترى من أى ميزة يرتبها له عقد البيع، والقاعدة أن من عليه الضمان لا يجوز له التعرض، ولئن كان من الواجب على البائع أن يدفع تعرض الغير للمشترى فمن باب أولى أن يمتنع هو عن هذا التعرض[1].

ومصدر التزام البائع بضمان التعرض الشخصى يتمثل فى النصوص القانونية التى أوردها المشرع فى هذا الصدد، وخاصة ما تقضى به المادة (٤٣٩) مدنى، والتى تقضى بأنه: "يضمن البائع عدم التعرض للمشترى فى الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله هو أو من فعل أجنبى، يكون له وقت البيع حق

---

(١) د. جميل الشرقاوى – فقرة ٦٦ن د. منصور مصطفى منصور – فقرة ٧٩، د. عبد الفتاح عبد الباقى – فقرة ١٣٦، د. عبد المنعم البدراوى – فقرة ٢٨٧، د. عبد الرازق حسن فرج – ص٢٢٨، د. محمد السعيد رشدى – ص ١٤٥.

على المبيع يحتج به على المشترى، ويكون البائع ملزما بالضمان، ولو كان الأجنبى قد ثبت حقه بعد البيع إذا كان هذا الحق قد آل عليه من البائع نفسه".

وهذا النوع من الضمان يعد أمرا طبيعيا، لأن البيع من عقود المعاوضات، والتزام البائع بالضمان مما يتفق مع طبيعته بل إنه لا يجوز اشتراط عدم ضمان البائع لتعرضه الشخصى، وهذا ما تقضى به المادة (١/٤٤٦) مدنى، حين قالت: "إذا اتفق على عدم الضمان بقى البائع مع ذلك مسئولاً عن أى استحقاق ينشأ عن فعله، ويقع باطلاً كل اتفاق يقضى بغير ذلك".

وتطبيقا لذلك:

يعتبر تعرضاً قانونياً من قبل البائع استعمال حق ادعاه من شأنه، أن يؤدى إلى نزع المبيع من يد المشترى، كأن يكون غير مملوك للبائع وقت البيع، ثم يتملكه بعد البيع لأى سبب من أسباب كسب الملكية، كالميراث أو الشراء من المالك الحقيقى أو التقادم المكسب، فاستناد البائع إلى ما آل إليه من حق الملكية، يعد تعرضاً قانونياً للمشترى، ومن ثم لا تقبل دعواه، كما لا يجوز لبائع العقار، قبل التسجيل، أن يرفع دعوى على المشترى يطالبه باسترداد المبيع على أساس أنه لا يزال مالكا، وأن الملكية لم تنتقل بعد إلى

المشترى، لأن الضمان والاسترداد لا يجتمعان[1].

كما يعتبر تعرضا ماديا: قيام البائع باغتصاب العين المبيعة أو أن يبيع شخص محلا تجاريا، ثم يقوم بفتح متجر مجاور، يمارس فيه نفس التجارة التى كان يزاولها فى المتجر المبيع، فذلك يمثل منافسة غير مشروعة[2].

كما يعتبر تعرضاً مادياً: قيام البائع بالتصرف فى العقار مرة ثانية إلى مشتر ثان ومبادرته إلى تسجيل البيع الثانى قبل الأول، فبالرغم من أن هذا التصرف يمثل علاقة قانونية بين البائع والمشترى الثانى، إلا أنه يعتبر عملا ماديا بالنسبة للمشترى الأول باعتباره من الغير، وبالتالى تعرضا له فى انتفاعه بالمبيع كما أنه يعتبر تعرضا غير مباشر من جانب البائع، لأنه قد أنشأ بفعله للمشترى الثانى حقا على المبيع[3].

---

(1) السنهورى – فقرة ٣٣١، د. توفيق فرج – ص ٢٧٩ ومابعدها هامش (١)، د. سمير تناغو – فقرة ٢٦٥، د. محمد على عمران – ص ٢٤٠، د. عبد الرازق حسن فرج – ص ٢٣١، د. منصور مصطفى منصور – فقرة ٨٠، د. جميل الشرقاوى – فقرة ٦٦، د. خميس خضر – فقرة ١١٠، وراجع: حكم النقض المدنى فى ١٩٥٨/١٢/١٨ المجموعة س ٩ رقم ١٠٢ – ص٧٧٦ حيث جاء فيه: "أن للبائع بعقد لم يشهر الحق فى طلب تثبيت ملكيته على العقار المبيع ضد من ينازعه فيه، عدا المشترى الذى يلتزم البائع بعدم التعرض له بمقتضى الضمان الذى يتولد عن عقد البيع ولو لم يكن مشهرا".

(2) نقض مدنى فى ١٩٦٢/٦/٧، المجموعة – س ١٣، ص٧٦٤ – رقم ١١٤.

(3) السنهورى – فقرة ٣٣٠، د. توفيق فرج – فقرة ٦٦، د. محمد على عمران – ص٢٣٩، د. سمير تناغو – فقرة ٦٥، د. عبد الرازق حسن فرج–ص ٢٢٩، ويرى د.عبد المنعم البدراوى – فقرة ٢٩: أن تعرض البائع فى تلك الحاله يعد تعرضاً قانونياً.

ولكن هذا لا يعنى أن البائع يحرم من المطالبة بأى حق قانونى له لمجرد أن المطالبة تقتضى هدم البيع، فلا تعارض بين ضمان البائع للتعرض، وبين قيام البائع بالتنفيذ الجبرى على الشيىء المبيع استيفاء للثمن، أو ما تبقى منه، كما أنه لا يعتبر تعرضا طلب البائع الحكم ببطلان البيع بطلانا مطلقا، أو بابطاله أو بفسخه واسترداد المبيع[1].

خصائص الالتزام بضمان التعرض الشخصى:

يتسم الالتزام بضمان التعرض الشخصى، بخصائص هى أنه غير قابل للانقسام، كما أنه التزام مؤبد، ولا يجوز الاتفاق على الاعفاء منه، ونبين ذلك.

أولاً: عدم القابلية للانقسام:

من خصائص الالتزام بضمان التعرض الشخصى عدم القابلية للانقسام، فلو باع عده أشخاص مالا مملوكا على الشيوع، دون أن يشترطوا تقسيم المسئولية عن الالتزام بالضمان، أصبح الالتزام بالضمان غير منقسم بالنسبة لكل واحد منهم، فيسأل عنه بالنسبة

(1) د. خميس خضر – فقرة ١١٠، د. جميل الشرقاوى – فقرة ٦٦، د. عبد المنعم البدراوى – فقرة ٢٩٠.

للمبيع بأكمله لا فى حدود نصيبه، وكذلك لا ينقسم الضمان بالانتقال إلى الورثة[1].

ثانيا: تأبيد الالتزام:

والالتزام بعدم التعرض الشخصى التزام مؤبد، بمعنى أنه لا يجوز للبائع أن يتعرض للمشترى فى أى وقت، ولو مضى على البيع أكثر من خمس عشرة سنة، ومع هذا فإن دعوى الضمان التى تنشأ عن حصول التعرض للمشترى بالفعل تسقط كغيرها من الدعاوى بانقضاء خمس عشرة سنة، من وقت حصول التعرض[2].

ومع ذلك فإنه إذا حدث التعرض من جانب البائع بوضع اليد على المبيع بعد بيعه، وسكت المشترى عن هذا التعرض بعد وقوعه، ومضى على وضع اليد خمس عشرة سنة، انقلب سببا مشروعا للتملك لا يحول دونه ضمان البائع[3].

---

(1) د. عبد المنعم لبدراوى – السابق، د. توفيق فرج – السابق، ص ٢٨٢، ومابعدها، أنور سلطان وجلال العدوى – فقرة ٢٦٩، د. عبد الفتاح عبد الباقى – فقرة ١٣٨، د. سمير تناغو – فقرة ٦٦، د. جميل الشرقاوى – فقرة ٦٦، د. خميس خضر – فقرة ١١١، د.محمد على عمران – ص ٢٤٢.

(2) د. عبد الرازق حسن فرج – ص ٢٣٥، وراجع حكم النقض المدنى فى ١٩٦٩/١/١٦ – المجموعة س٢٠ ص ١٢٨، وفى ١٩٦٣/٣/٢١، المجموعة س ١٧ – ص ١٢٣، ١٩٧٠/٤/١٦ المجموعة س ٢١ ص ٦٥٨.

(3) السنهورى – فقرة ٣٣١، أنور سلطان وجلال العدوى – فقرة ٣٤٠، د. عبد المنعم البدراوى – ص ٤٤٤، د. عبد الفتاح عبد الباقى–فقرة ١٤٧، د. عبد الرازق حسن فرج – ص ٢٣٣، د. جميل الشرقاوى–فقرة ٦٦، د. سمير تناغو – فقرة ٦٥، د.منصور مصطفى منصور – فقرة ٨٠، وحكم النقض المصرى فى ١٩٥٤/٣/٤ المجموعة–س٥=

ثالثا: عدم جواز الاعفاء من ضمان التعرض:

وإذا شرط البائع على المشترى إعفاءه من الضمان الناتج من تعرض الشخص، فإن هذا الاتفاق يكون باطلا، وذلك وفقا لما تقضى به المادة (١/٤٤٧) مدنى، ولم يجز المشرع هذا الشرط لأنه كالاتفاق على إعفاء البائع من مسئوليته عن غشه أو خطئه الجسيم[١]، فإذا قام البائع بالتصرف فى العقار إلى مشتر ثان وبادر بتسجيل عقده أولا، فإنه يضمن تصرفه حتى ولو اشترط عدم الضمان.

لكن يلاحظ أن شرط إعفاء البائع من الضمان لا يبطل، إلا إذا كان الإعفاء كليا، فلو اتفق على قصر الضمان على عمل معين يكون البائع غير مسئول عنه، مثل أن يتفق بائع المتجر مع المشترى على أن يحتفظ الأول بحقه فى فتح محل يتعامل فى بعض السلع التى كان يتعامل فيها المتجر الذى تم بيعه، فهذا الاتفاق صحيح، لافتراض أن المشترى قد أدخل فى تقديره عند تحديد الثمن وقوع هذا التعرض الجزئى[٢].

=رقم ٩٠ ص ٥٦٩، وفى ١٩٦٦/١/١٣، السابق - س١٧ رقم ١٧ ص ١٢٣ وفى: ١٩٦٩/١/١٦ السابق س ٢٠ رقم ٢١، وعكس ذلك نقض فرنسى فى ١٩١٢/٥/١٣، داللوز ١٩١٣-١-١٤٣.

(١) الوسيط للسنهورى - فقرة ٣٣٤، د. سمير تناغو فقرة ٦٧، د. عبد الرازق حسن فرج - ص ٢٣٨.

(٢) الوسيط للسنهورى - فقرة ٣٣٦، د. سمير تناغو - السابق - د. عبد الرازق حسن فرج - ص ٢٣٩.

كما يجوز الاتفاق على تشديد الضمان، كأن يشترط مشترى المتجر على البائع أن يمتنع عن منافسته فى بيع السلع التى تباع فى المتجر وغيرها مما يريد المشترى أن يتاجر فيه[1].

جزاء الاخلال بالالتزام بضمان التعرض الشخصي:

وإذا أخل البائع بالتزامه بضمان التعرض الشخصى، كأن قام بفتح محل تجارى يزاول فيه نفس التجارة التى يزاولها المحل المبيع، كان للمشترى أن يطالب بوقف التعرض، أى إغلاق المحل، وله أن يطلب من المحكمة، الحكم بالتعويض على البائع، كما ان للقاضى أن يفرض عليه غرامة تهديدية لإجباره على الامتناع عن التعرض للمشترى[2].

وإذا كان التعرض قانونياً بأن رفع البائع دعوى مطالبا فيها باستحقاق المبيع، كان للمشترى أن يرفع هذه الدعوى بالدفع بالضمان.

وللمشترى أن يطالب بفسخ عقد البيع بدلا من التنفيذ العينى ويخضع طلب الفسخ لتقدير القاضى، وإذا تم الفسخ جاز للمشترى أن يطالب البائع بالتعويض عما أصابه من ضرر طبقا للقواعد العامة.

---

(١) السنهورى – المكان السابق.

(٢) المصدر نفسه – ص٣٣٥.

الفرع الثانى

ضمان التعرض الصادر من الغير

من المقرر قانونا أن البائع يلتزم بضمان التعرض الصادر من الغير للمشترى، وإذا كان التزام البائع بضمان التعرض الشخصى الصادر منه يعتبر التزاماً سلبياً بالامتناع عن عمل، وهو عدم التعرض للمشترى، فإن التزامه بضمان التعرض الصادر من الغير يعتبر التزاماً إيجابياً مفاده دفع كل تعرض يصدر من الغير للمشترى، فهو التزام بتحقيق نتيجة، وليس التزاماً ببذل عناية، بمعنى أن البائع إذا لم ينجح فى دفع التعرض، واستحق المبيع كله أو بعضه للغير، كان على البائع أن يقوم بدفع تعويض للمشترى عن الضرر الذى أصابه وهو ما يعرف بضمان الاستحقاق، ونبين شروط هذا الضمان وأحكامه.

أولاً: شروط ضمان التعرض الصادر من الغير:

تقضى المادة (٣٩) مدنى، بأنه: "يضمن البائع عدم التعرض للمشترى فى الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه، سواء كان التعرض من فعله هو، أو من فعل أجنبى، يكون له وقت البيع حق على المبيع يحتج به المشترى، ويكون البائع ملزما بالضمان، ولو كان الأجنبى قد ثبت حقه بعد البيع إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع نفسه".

ووفقا لهذا النص:

يشترط أن يكون تعرض الغير قانونيا، وأن يكون التعرض راجعاً إلى سبب سابق على البيع، أو راجعا إلى فعل البائع، وأن يكون حالاً:

الشرط الأول: أن يكون التعرض قانونياً:

ولئن كان البائع يضمن للمشترى التعرض الشخصى الصادر منه سواء كان تعرضاً مادياً أم قانونياً، إلا أنه لا يضمن التعرض الصادر من الغير للمشترى إلا إذا كان تعرضاً قانونياً، كأن يقوم الغير بادعاء حق على المبيع، كحق الملكية مثلاً أو الانتفاع أو الارتفاق(1)، أما التعرض المادى الصادر من الغير، كالاغتصاب والسرقة، فإن البائع لا يسأل عنه، وعلى المشترى أن يدفع هذا التعرض بالطرق القانونية، والتعرض المادى الذى لا يسأل البائع عنه، هو الذى يقع بعد تسليم المبيع، وقبل حصوله يقع عبء الالتزام به على البائع، وإلا كان مخلا بالتزامه بوضع المبيع تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق(2).

---

(1) وقد يكون الحق المدعى به حقا شخصيا، كأن يدعى الغير بأنه صاحب حق إيجار على العين المبيعة، د. محمد السعيد رشدى – ص١٥١.

(2) د. توفيق حسن فرج – فقرة ٨٤، د. عبد الفتاح عبد الباقى – فقرة ١٣٩، د. منصور مصطفى منصور – فقرة ٨٤، د. عبد الرازق حسن فرج – ص ٢٤٣.

الشرط الثاني: استناد التعرض إلى سبب سابق على البيع أو راجعا إلى فعل البائع:

ويشترط لضمان التعرض الصادر من الغير للمشترى أن يكون سبب التعرض موجوداً وقت البيع، كأن يستند المتعرض إلى أنه كان يملك العقار المبيع قبل البيع، وأن البائع قد باع ما لا يملك[1]، أو أن يستند الغير فى تعرضه إلى وجود حق ارتفاق، أو انتفاع أو سكنى، أو حكر أو رهن كان موجودا قبل البيع، أو كان الغير واضعا يده على المبيع، واكتملت مده التقادم المكسب قبل الوقت الذى تم فيه انعقاد البيع.

أما التعرض الصادر بعد البيع، فإن البائع لا يضمنه بحسب الأصل إلا إذا كان راجعا إلى فعله، مثل أن يقوم ببيع العقار مرة ثانية إلى مشتر ثان، يسبق فى تسجيل عقده، فهذا الحق قد ثبت بعد البيع الأول، ومرجعه لفعل البائع نفسه، وهنا يلتزم بالضمان[2].

فالبائع يضمن كل حق يستند إليه الغير بسبب سابق على البيع أو لاحق عليه وكان بفعله، فلو كان بفعل المشترى نفسه فلا ضمان على البائع، كما لو أهمل قطع التقادم الذى بدأه الغير، وكذلك لو كان بفعل قوه قاهرة، أو حادث عرضى، لا يسأل عنه البائع، مثل

---

(١) د. عبد الرازق حسن فرج – المكان نفسه، وحكم النقض المدنى فى ١٩٦٦/١٢/١٢، المجموعة – س ١٧ – ص ١٨٧.

(٢) د. توفيق فرج – ص ٢٩٦.

نزع ملكية العقار للمنفعة العامة، فالمخاطر بعد البيع تقع على عاتق المشترى[1].

الشرط الثالث: أن يكون التعرض حالات:

والمراد بالتعرض الحال: أن يكون الغير، قد اتخذ موقفا ايجابيا استنادا إلى حقه، ويكون من شأنه أن يحول بين المشترى وبين الانتفاع بالمبيع، أو يقلل من هذا الانتفاع، ويتم هذا في الغالب في صورة دعوى يرفعها الغير على المشترى مطالبا فيها بالحق الذى يدعيه على المبيع باعتباره مالكا له، فيدفع الغير بأن له حقا على المبيع كحق انتفاع أو رهن مثلا[2].

ومجرد الخشية من حصول التعرض، لا تعتبر تعرضا، ومع ذلك، فإن هذا لا يعنى حرمان المشترى من كل حماية مع وجود خطر التعرض والاستحقاق، قبل وقوع التعرض بالفعل، فالقانون يعطيه وسائل يتوقى بها ما ينجم عن ذلك من مضار مثل حبس الثمن حتى يزول الخطر، مادة (٢/٤٥٧) كما أن له أن يطلب بالفسخ طبقا للقواعد العامة، وله أن يطعن فى البيع باعتبار أنه بيع

---

(١) المرجع والمكان السابقان.

(٢) السنهورى – فقرة ٣٤٠، د. عبد المنعم البدراوى – فقرة ٢٩٩، د. عبد الرازق حسن فرج – ص ٢٤٥ ومابعدها.

لملك الغير، مادة (٤٦٦) مدنى، وذلك إذا اكتشف أن المبيع لم يكن مملوكا للبائع[1].

ثانيا: أحكام ضمان التعرض الصادر من الغير:

إذا تعرض الغير للمشترى تعرضا قانونيا، يترتب عليه اخلال فعلى بالانتفاع بالعين المبيعة وتوافرت شروط الالتزام بالضمان وجب على البائع دفع هذا التعرض، أى أن يقوم بتنفيذ التزامه تنفيذا عينيا، فإذا نجح فى ذلك كان موفيا لالتزامه، وإذا لم ينجح واستحق المبيع للغير استحقاقا كليا أو جزئيا، كان للمشترى أن يرجع على البائع بالتعويض، أى بالتنفيذ بمقابل عما لحقه من أضرار، ونبين أولاً: التنفيذ العينى، وثانيا: ضمان الاستحقاق.

(أ) التنفيذ العينى:

إذا حدث تعرض للمشترى، وجب على البائع أن يدفع هذا التعرض، ويختلف نطاق حقوق المشترى عند حصول التعرض فى حالة اخطار البائع بالتعرض، عنه فى حالة عدم الإخطار.

(١) حالة إخطار البائع بالتعرض:

إذا أخطر المشترى البائع بدعوى الغير، وجب على البائع أن يتدخل فى الدعوى إلى جانب المشترى لدفعها، أو يحل محله فيها

---

(1) د. جميل الشرقاوى – فقرة ٦٧، أنور سلطان وجلال العدوى–ص ٢٧٧، د. اسماعيل غانم – فقرة ١٥٤، د. عبد الرازق حسن فرج – ص٢٤٧.

إذا لم يرغب المشترى فى السير فيها، وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (٤٤٠) مدنى بقولها: "إذا رفعت على المشترى دعوى استحقاق المبيع، وأخطر بها البائع، كان على البائع بحسب الأحوال وفقا لقانون المرافعات أن يتدخل فى الدعوى إلى جانب المشترى، أو يحل فيها محله، فإذا حصل الإخطار، فإما أن يتدخل البائع أو لا يتدخل، فإذا تدخل فى الدعوى فقد يؤدى تدخله إلى رفض دعوى المعترض، ويكون البائع فى هذه الحالة قد نفذ التزامه بدفع التعرض تنفيذا عينيا، أما إن حكم للمدعى بالاستحقاق، كان البائع مخلا بالتزامه، لأنه لم يحقق النتيجة، فيكون ضامنا للاستحقاق أى ملتزما بالتعويض.

وإذا لم يتدخل المشترى فى الدعوى رغم إخطاره، وتولى المشترى الدفاع وحده، وانتهى الأمر بالاستحقاق للمدعى، وجب الضمان على البائع، إلا إذا ثبت أن الحكم الصادر فى الدعوى كان نتيجة لتدليس من المشترى، أو خطأ جسيم منه، وهذا ما ذكرته الفقرة الثانية من المادة (٤٤٠) مدنى بقولها: "فإذا تم الإخطار فى الوقت الملائم ولم يتدخل البائع فى الدعوى وجب عليه الضمان، إلا إذا ثبت أن الحكم الصادر فى الدعوى كان نتيجة لتدليس من المشترى أو خطأ جسيم منه".

فإذا رفع الغير دعوى على المشترى باستحقاق المبيع، كان على المشترى أن يخطر البائع بها فى الوقت المناسب حتى يستطيع أن يتبصر فى وسائل الدفاع عن الحق الذى باعه[1].

وليس لهذا الإخطار شكل خاص، فقد يتم بانذار رسمى على يد محضر، أو بخطاب مسجل أو غير مسجل، وقد يتم مشافهة وفى هذه الحالة يجب على المشترى أن يتحمل عبء إثبات حصوله[2].

كما أن للمشترى أن يدخل البائع فى الدعوى بدلاً من إخطاره بها عملا بأحكام المادة (١١٧) مرافعات.

(٢) حالة عدم إخطار البائع بالتعرض:

فإذا لم يخطر المشترى البائع بالدعوى فى الوقت الملائم، وسار فيها وحده فخسرها، بأن حكم للأجنبى بالاستحقاق، فإنه مع ذلك يكون للمشترى حق الرجوع بالضمان على البائع، رغم أنه لم يخطره، إلا أنه يكون للبائع أن يتخلص من الضمان بإثبات أن تدخله فى الدعوى، كان يؤدى إلى رفضها، وهذا ما قررته المادة (٤٤٠) مدنى، بقولها: "وإذا لم يخطر المشترى البائع بالدعوى فى الوقت الملائم وصدر عليه حكم حاز قوة الأمر المقضى به، فقد

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية – جـ٤ ص٨٥.

(٢) السنهورى – فقرة ٣٤٨، د. سمير تناغو – ص ٢٨٠، د. منصور مصطفى منصور – فقرة ٨٥، د. عبد الرازق حسن فرج – ص ٢٥١.

حقه فى الرجوع بالضمان، إذا أثبت البائع أن تدخله فى الدعوى، كان يؤدى إلى رفض دعوى الاستحقاق"[1].

تصالح المشترى مع الغير أو اعترافه بحقه:

وقد أجاز المشرع للمشترى إذا قدر أحقية الغير فى دعواه، أو ترامى له أن السير فى الدعوى غير مجد، وأراد أن يتجنب النفقات ومشاق الاستمرار فى التقاضى، أن يعترف بحق الغير، أو يتصالح معه، وفى هذه الحالة فإن حق المشترى-طالما أنه كان حسن النية- يظل قائما قبل البائع فى الضمان، ومع ذلك فإنه يكون معرضا لفقدان حقه فى مطالبة البائع بضمان الاستحقاق إذا استطاع البائع أن يثبت أن الغير لم يكن محقا فى دعواه بالاستحقاق، وهذا ما قررته المادة (٤٤١) مدنى، بقولها: "يثبت حق المشترى فى الضمان، ولو اعترف وهو حسن النية للأجنبى بحقه فإذا تصالح معه على هذا الحق دون أن ينتظر فى ذلك صدور حكم قضائى، متى كان قد أخطر البائع بالدعوى فى الوقت الملائم، ودعاه أن يحل محله فيها فلم يفعل، كل ذلك ما لم يثبت البائع أن الأجنبى لم يكن على حق فى دعواه".

---

(1) السنهورى - فقرة ٣٥٠، د. توفيق فرج - فقرة ١٨٦، د. سمير تناغو- ص ٢٨٥، د.خميس خضر - ص ٢٠٨، د. اسماعيل غانم - فقرة ١٥٨، د. عبد الرازق حسن فرج - ص ٢٥٣، ومابعدها، د. محمد السعيد رشدى - ص ١٥٦.

توقى المشترى استحقاق المبيع:

وقد يرغب المشترى فى توقى استحقاق المبيع، بدفع مبلغ من المال للمتعرض، وهنا تقضى العدالة بأن يعوضه البائع عما دفعه فى توقى استحقاق الغير للمبيع أو ثبوت حقه عليه، خاصة وأن البائع فى النهاية سليتزم بتعويض المشترى لو استحق المبيع، وقد نصت على هذا المادة (٤٤٢) مدنى، بقولها: "إذا توقى المشترى استحقاق المبيع كله أو بعضه، بدفع مبلغ من النقود، أو بأداء شيىء آخر، كان للبائع أن يتخلص من نتائج الضمان، بأن يرد للمشترى المبلغ الذى دفعه أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات".

وهذه الرخصة تقتصر على حالة توقى المشترى الحكم بالاستحقاق باتفاقه مع المتعرض، أى قبل صدور الحكم، أما إذا كان الحكم قد صدر للأجنبى باستحقاقه للعين المبيعة، ثم اتفق معه المشترى على أن يترك له العين فى مقابل مبلغ معين، فإن للمشترى أن يرجع بضمان الاستحقاق على البائع، وليس للبائع أن يتخلص من الضمان برد المبلغ الذى دفعه المشترى[1].

---

(1) السنهورى - فقرة ٣٤٣، د. توفيق فرج - فقرة ١٨٧، د. خميس خضر - فقرة ١٣٩، د. منصور مصطفى منصور - فقرة ٨٥، د. اسماعيل غانم - فقرة ١٥٨، د. عبد الرازق حسن فرج - ص ٢٥٤، د. جميل الشرقاوى - فقرة ٦٩، د. محمد لبيب شنب - أحكام عقد البيع ١٩٦٦ - ص ١٩١ ومابعدها، د. محمد السعيد رشدى - فقرة=

الفرع الثالث

ضمان الاستحقاق

إذا استحق المبيع، فإنه يجوز للمشترى أن يرجع على البائع بقيمة الاستحقاق، وهى تختلف بالطبع فى حالة الاستحقاق الكلى عنها فى حالة الاستحقاق الجزئى، وقد بين القانون الأحكام التى يتم بمقتضاها التعويض فى هذه الحالة، وذلك فى المادتين (٤٤٤،٤٣٣) مدنى، ونبين كلا من هذين الموضوعين:

الموضوع الأول

التعويض فى حالة الاستحقاق الكلى

يراد بالاستحقاق الكلى: حرمان المشترى على نحو كامل من الحق المبيع كله، كما إذا اتضح أن البائع قد باع ما لا يملك وحكم للمالك الحقيقى باستحقاق المبيع، وقد يثبت هذا الحق بحكم قضائى أو بدون حكم.

ومن أمثلة الاستحقاق الكلى، قيام الدائن المرتهن بالتنفيذ على العقار المبيع تحت يد المشترى، مادة (١/٨٠) مدنى، أو صدور حكم بإبطال البيع أو فسخ سند ملكية البائع[1].

وقد عرض المشرع فى المادة (٤٤٣) مدنى، لبيان عناصر التعويض الذى يلتزم البائع بالقيام بأدائه للمشترى فى حالة

=١٩٧، مجموعة الأعمال التحضيرية- جـ٤ ص ٩٣، د. سمير تناغو- فقرة ٧١-ص ٢٨٥.

(١) د. عبد المنعم البدراوى – فقرة ٣١٧، د. عبد الرازق حسن فرج – ص ٢٥٦.

الاستحقاق الكلى للمبيع، حيث توقى تعويض المشترى على نحو كامل عما لحقه من ضرر، وما فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع، وذلك حين نصت على أن المبيع إذا استحق كله كان للمشترى أن يطلب من البائع:

(١) قيمة المبيع وقت الاستحقاق، والفوائد القانونية من ذلك الوقت.

(٢) قيمة الثمار التى ألزم المشترى بردها لمن استحق المبيع.

(٣) المصروفات النافعة التى لا يستطيع المشترى أن يلزم بها المستحق، وكذلك المصروفات الكمالية إذا كان البائع سيىء النية.

(٤) جميع مصروفات دعوى الضمان والاستحقاق، عدا ما كان المشترى يستطيع أن يتقيه منها لو أخطر البائع بالدعوى طبقا للمادة (٤٤٠).

(٥) وبوجه عام؛ تعويض المشترى عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع، كل هذا ما لم يكن رجوع المشترى مبنيا على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله".

ومن هذا النص يستبين أن عناصر التعويض تتمثل فيما يلى:

أولاً: قيمة المبيع وقت الاستحقاق وفوائده القانونية:

فيلتزم البائع بأن يدفع للمشترى قيمة المبيع وقت رفع دعوى الاستحقاق، لأن الحكم بالاستحقاق يستند إلى وقت رفع الدعوى سواء أكانت هذه القيمة أكثر أم أقل من الثمن الذى دفعه للبائع،

حيث إننا لسنا بصدد دعوى إبطال أو فسخ، فيطالب المشترى البائع باسترداد الثمن، وإنما بصدد ضمان الاستحقاق، الذى يرجع أساسه إلى حرمان المشترى من البيع، فيكون من العدل أن يتم التعويض على أساس قيمته فى الوقت الذى حرم فيه وقت الاستحقاق[١].

كما أن للمشترى أن يطالب بالفوائد القانونية من وقت الاستحقاق خروجا على ما تقضى به القواعد العامة من استحقاق الفوائد من وقت المطالبة القضائية، مادة (٢٢٦) مدنى، ووجهة الذين قرروا الفوائد بهذا النص، أن المشترى سيحرم من المبيع من وقت الاستحقاق، فمن الملائم أن يستعاض عنه بالفوائد القانونية من هذا الوقت، حتى ولو كان المبيع غير مثمر، وسواء كان يعلم بسبب الاستحقاق وقت البيع أم كان لا يعلم[٢]، ومن المعروف أن الفوائد المستحقة عن الديون المؤجلة، زيادة من غير مقابل وهى تمثل ربا

---

(١) السنهورى – فقرة ٣٥٢، د. منصور مصطفى منصور – فقرة ٨٦، د. سمير تناغو – فقرة ٧٢، د. جميل الشرقاوى – فقرة ٧٠، د. عبد الفتاح عبد الباقى – فقرة ١٥٦، د.عبد الرازق حسن فرج–ص ٢٧٥، ويلاحظ أن مقدار التعويض عند الاسثحقاق يقدر على أساس الثمن لا قيمه المبيع المواد (٤٩١،٤٩٢،٤٩٤) من مرشد الحيران، وجامع الفصوليين– جـ١ ص ٢٠٨ ومابعدها.

(٢) د. اسماعيل تناغو – فقرة ١٦٠، أنور سلطان وجلال العدوى – فقرة ٣٩٧ ص ٣١٥، د. عبد المنعم البدراوى – فقرة ٣١٦، د. منصور مصطفى منصور – فقرة ٨٦، د.جميل الشرقاوى–فقرة ٧١، د. عبد الرازق حسن فرج – ص ٢٥٨، ويرى د. عبد الفتاح عبد الباقى – فقرة ١٥٦: أن الحكمة من ثبوت الفوائد من وقت الاستحقاق انما هو لتعويض المشترى عن كل الأضرار التى تلحقه من جراء الاستحقاق.

تحرمه الشريعة الإسلامية، وفي حالتنا فإن قيمة المبيع تمثل ديناً ثابتاً في ذمة البائع للمشترى من وقت الاستحقاق، فما زاد عليها يعتبر في مقابل الزمن وهو لذلك يعتبر ربا محرماً.

ثانيا: قيمة ما التزم المشترى برده لمن استحق المبيع من ثمار:

كما يرجع المشترى على البائع بقيمة الثمار التى التزم بردها لمن استحق المبيع، والثمار التى يلتزم المشترى بردها هى كافة الثمار التى قبضها وهو سيء النية، أى وهو يعلم بحق المستحق على المبيع، مادة (٩٧٩) مدنى.

ومن ثم فإنه إذا كان المشترى يعلم أن للغير حقاً في المبيع قبل رفع دعوى الاستحقاق، فإنه يرد الثمار إلى المستحق من وقت علمه بهذا الحق، ويكون له أن يرجع على البائع بقيمة هذه الثمار[1]، أما ثمار المبيع من وقت رفع الدعوى فلا رجوع بقيمتها على البائع، وإن كان ملزماً بردها للمستحق باعتباره سيىء النية، لأنه بعد رفع دعوى الاستحقاق يكون عالماً على كل حال بحق المدعى بالاستحقاق، مادة (٢/٩٦٦) مدنى.

(١) وذلك على أساس أنها تعتبر من قبيل ما فات عليه من كسب. راجع: د. عبد الفتاح عبد الباقي – فقرة ١٥٦، د. عبد المنعم البدراوى، فقرة ٣١٧.

ثم إنه لا يرجع بها على البائع، لأنه قد استعاض عن هذه الثمار بالفوائد القانونية اقيمة المبيع، وهى تسرى من وقت الاستحقاق[1].

ثالثاً: المصروفات التى أنفقها المشترى على المبيع:

وقد يقوم المشترى بإنفاق بعض المصروفات على المبيع قبل أن يحكم عليه باستحقاقه للغير، فما مدى استحقاقه لرد تلك المصروفات؟.

انثابت أن الحكم يختلف بحسب نوع المصروفات، وما إذا كانت ضرورية أو نافعة أو كمالية:

(أ) انمصروفات الضرورية:

وهى المصروفات اللازمة لحفظ المبيع وصيانته، وهذه يكون للمشترى أن يرجع بها على المستحق، ولا يطالب بها البائع وذلك تطبيقاً لأحكام المادة (١/٦٨٠) مدنى، التى تقضى بأنه: "على اىمالك الذى يرد إليه ملكه أن يؤدى إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات الضرورية، ويستوى في هذا الخصوص أن يكون المشترى حسن النية أم سيىء النية"[2].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية – جـ ٤ – ص ٩٦.

(٢) د. توفيق فرج – فقرة ٢٠٢، د. محمد على عمران – ص ٢٥٨، د. عبد الرازق حسن فرج – ص ٢٥٩، د. جميل الشرقاوى – فقرة ٧١.

(ب) المصروفات المنافعة:

وهى التى تؤدى إلى زيادة قيمة المبيع، كالبناء في العين والغراس فيها، وهذه يسرى بشأنها أحكام الالتصاق، ويفرق فيها بين ما إذا كان الحائز حسن النية أو سيئها.

(١) فإذا كان المشترى حسن النية:

يخير المستحق بين رد قيمة المصروفات (قيمة المواد وأجرة العمل) أو قيمة ما زاد في ثمن المبيع بسبب هذه المصروفات، مادة (٩٢٥) مدنى، وطبيعى أن المستحق سيختار أقل القيمتين ومن ثم يكون للمشترى حق الرجوع على البائع بالفرق[1].

وإذا كان المشترى سيىء النية:

بأن كان عالماً وقت إنفاقها بسبب الاستحقاق، كان للمستحق أن يطلب إزالة المنشآت خلال سنة من اليوم الذى يعلم فيه بإقامتها، أو أن يطلب استبقاءها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة، أو دفع مبلغ يساوى ما زاد في الأرض بسبب إقامة هذه المنشآت، مادة (٩٢٤) مدنى، وواضح أن المشترى لن يسترد جميع ما أنفقه فيكون له أن يرجع على البائع بالفرق.

---

(١) د. إسماعيل غانم – فقرة ١٦٠، د. عبد المنعم البدراوى – فقرة ٣١٨، د. جميل الشرقاوى – فقرة ٧٠، د. عبد الفتاح عبد الباقي – السابق، د. عبد الرازق حسن فرج – ص ٢٦٠، د. محمد السعيد رشدى ص ١٦٣.

(جـ) المصروفات الكمالية:

وهى ما ينفق على الشيىء بقصد الزينة والزخرفة، وهذه لا تجب على المستحق طبقاً للمادة (٣/٩٨٠) مدنى، والتى تقضى بأنه إذا كانت المصروفات كمالية، فليس للحائز أن يطالب بشيء منها ومع ذلك يجوز للمشترى أن ينزع ما ستحدثه من منشآت، إلا إذا اختار المستحق استبقاءها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة، وليس للمشترى أن يرجع على البائع بهذه المصروفات إلا إذا كان سيىء النية، أى يعلم بسبب الاستحقاق وقت البيع، مادة (٤٤٣) مدنى[1].

رابعاً: مصروفات دعوى الاستحقاق:

كما أن للمشترى أن يرجع على البائع بمصروفات دعوى الاستحقاق التى رفعت عليه من قبل المستحق عدا ما كان المشترى يستطيع أن يتقيه منها لو أخطر البائع بالدعوى[2].

(١) راجع: مجموعة الأحكام التحضيرية - جـ ٤ ص ٩٦، حيث تعلل هذا الحكم، وهو عدم رجوع المشترى على البائع حسن النية، بأن المدين في المسئولية التعاقدية، لا يسأل عن الضرر غير متوقع الحصول، ويمكن اعتبار المصروفات الكمالية من هذا القبيل، والأمر يختلف في حالة سوء نية البائع.

(٢) د. محمد على عمران - ص ٢٥٩ وما بعدها.

خامساً: تعويض المشترى عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب:

والمقصود من التعويض في هذه الحالة تعويض المشتري عن كل خسارة لحقت به أو كسب فاته، مما لا تسجله أى حالة من الحالات السابقة، فيستطيع أن يطالب البائع بمصاريف تحرير العقد والسمسرة ورسوم التسجيل، وغير ذلك مما يلحقه من أضرار بسبب استحقاق المبيع وفقاً للقواعد العامة في المسئولية العقدية[1].

الموضوع الثاني

التعويض في حالة الاستحقاق الجزئى

وقد بينت المادة (٤٤٤) مدنى، أحكام التعويض بسبب الاستحقاق الجزئى بقولها: "إذا استحق بعض المبيع أو وجد مثقلاً بتكاليف، وكانت خسارة المشترى من ذلك قد بلغت قدراً لو علمه لما أتم العقد، كان له أن يطالب البائع، بالمبالغ المبينة في المادة السابقة، على أن يرد له المبيع وما أفاد منه. ٢- فإذا اختار المشترى استيفاء المبيع، أو كانت الخسارة التى لحقته لم تبلغ القدر المبين في الفقرة السابقة، لم يكن له إلا أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق".

(1) السنهورى – فقرة ٣٥٢، د. منصور مصطفى منصور – فقرة ٨٦، د. توفيق فرج – فقرة ٢٠٧، د. إسماعيل غانم – فقرة ١٦٠، د. جميل الشرقاوى – فقرة ٧٠، د. عبد الرازق حسن فرج – ص ٢٦١، د. محمد على عمران – ص ٢٦٠ وما بعدها.

ويبدو من هذه المادة أنه يجب التفرقة بين الخسارة الجسيمة والخسارة غير الجسيمة، في حالة تعويض المشترى عن الاستحقاق الجزئى.

أولاً: الخسارة الجسيمة:

وتقدير جسامة الخسارة متروك لقاضى الموضوع، دون رقابة عليه من محكمة النقض، ومن أمثلته: استحقاق جزء من أرض اشتراها شخص لإقامة مشروع عليها، أو يثبت للغير حق انتفاع بالسكنى على المنزل الذى اشتراه المشترى ليسكن فيه.

وفي هذه الحالة يكون المشترى بالخيار بين رد المبيع وما أفاده منه للبائع، ومطالبته بالتعويض كما لو كان الاستحقاق كلياً طبقاً للمادة (٤٤٣) مدنى، وبين أن يستبقى المبيع بحالته على أن يرجع على البائع بالتعويض عما أصابه بسبب الاستحقاق الجزئى(١).

ثانياً: الخسارة غير الجسيمة:

وفيها يتعين على المشترى أن يستبقى المبيع ويطالب البائع بالتعويض عن الجزء المستحق، مع مراعاة أن يشمل التعويض كل

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية- جـ ٤، ص ١٠١، د. خميس خضر - فقرة ١٤٢، د.سليمان مرقس - فقرة ٢١١، د. جميل الشرقاوى-فقرة ٧٠، د. محمد على عمران - ص٢٦٢، د. عبد المنعم البدراوى-فقرة ٣٢١، د. منصور مصطفى منصور-فقرة ٨٦، د.عبد الرازق حسن فرج - ص ٢٦٣.

ما أصاب المشترى من أضرار بسبب الاستحقاق الجزئى، أى على أساس ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب، طبقاً للمادة (٢٢١) مدنى.

الاتفاق على تعديل أحكام الضمان:

من المعروف أن قواعد الضمان ليست آمره تطبق حتماً في كل حالة، وإنما هى قواعد مكملة يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على ما يخالفها، ولهذا يجوز للمتعاقدين تنظيم أحكام الضمان بالزيادة أو النقص بقواعد اتفاقية يمكن أن يسمى الضمان معها بالضمان، الاتفاقى.

والأصل في هذه الحالة أن الضمان سيخضع للاتفاق، فإذا لم يوجد، سرت أحكام النصوص القانونية المقررة في المواد (٣٤٩) وما مابعدها.

وقد نصت الفقرة الأولى من المادة (٤٤٥) مدنى، صراحة على أنه يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا في ضمان الاستحقاق أو ينقصا منه، أو أن يسقطا هذا الضمان، وقد وضعت الفقرة الثانية حكماً خاصاً بحقوق الإرتفاق، أنشأ المشرع فيه قرينة قانونية على أن البائع قد اشترط عدم الضمان فيما يتعلق بحق الارتفاق المرتب على العين المبيعة، إذا كان هذا الحق ظاهراً، أو

كان البائع قد أبان عنه للمشترى[1].

وإذا أشترط البائع إعفاءه من الضمان كله أو بعضه، وكان قد تعمد إخفاء حق لأجنبى، فإن هذا الشرط يقع باطلا، ولا يعفى البائع من شيىء عملاً بالفقرة الثالثة من المادة (٤٥) مدنى.

هذا ويلاحظ أنه إذا استوفى الإعفاء شروطه وكان صحيحا[2]، فإنه لا يترتب عليه بأى حال إعفاء البائع من المسئولية عن أى استحقاق ينشأ من فعله، ويقع باطلا كل اتفاق يقضى بغير ذلك، مادة (١/٤٤٦) مدنى.

أما إذا كان الاستحقاق قد نشأ عن فعل الغير، فإن الاتفاق على عدم الضمان يعفى البائع من التزامه بالتعويضات التى يستحقها المشترى، ولكنه لا يعفيه من دفع قيمة المبيع وقت الاستحقاق إلا إذا أثبت أن المشترى كان يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق، أو أنه قد اشترى ساقط الخيار (أى مخاطرا بتحمل نتائج استحقاق المبيع للغير)[3].

---

(١) السنهورى – فقرة ٣٥٨، د. منصور مصطفى منصور – فقرة ٨٣، د. سمير تناغو – ص٣٠٦، د. عبد الفتاح عبد الباقى – فقرة ١٦٠.

(٢) د. عبد المنعم البدراوى – فقرة ٣٢٣، د. اسماعيل غانم – فقرة ١٦٥، د. جميل الشرقاوى – فقرة ٧١، د. خميس خضر–فقرة ١٣١، د. عبد الرازق حسن فرج – ص٢٦٧ ومابعدها.

(٣) أو بمعنى أن يصرح أنه متنازل عن كل حق له فى الرجوع على البائع، بالرغم من علمه بسبب الاستحقاق، فهو يشترى المبيع بأقل من ثمن المثل، أملا فى حدوث عدم=

المطلب الثانى

ضمان العيوب الخفية

لا يقتصر ضمان البائع على ضمان التعرض والاستحقاق، وإنما يشمل أيضا ضمان العيوب الخفية التى تجعل المبيع غير صالح لتحقيق غاية المشترى من شرائه، وقد نظم المشرع ضمان العيوب الخفية فى المواد من (٤٤٧) - (٤٥٥) مدنى، ويبدو من خلال تلك المواد، أن المشرع قد جعل للمشترى دعوى خاصة بضمان العيوب، ولم يشأ أن يتركه للقواعد العامة فى هذا الشأن، والكلام عن ضمان العيوب الخفية يتناول شروط العيب الموجب للضمان، وأحكام الضمان، والاتفاق على تعديل أحكام الضمان، ونخصص لكل موضوع فرعاً.

الفرع الأول

شروط العيب الموجب للضمان

يجب حتى يكون العيب موجبا للضمان، أن تتوافر فيه شروط معينة نص عليها المشرع فى المادتين (٤٤٧، ٤٤٨) مدنى.

وقد نصت المادة (٤٤٧) مدنى، على أنه: "يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يتوافر فى المبيع وقت التسليم الصفات التى كفل

=الاستحقاق، وهذا البيع يعتبر نوعا من بيوع الغرر، راجع: د. اسماعيل غانم - فقرة ١٦٧، د. عبد الرازق حسن فرج - ص ٢٧١.

للمشترى وجودها فيه، وإذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته، أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين فى العقد، أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيىء، أو الغرض الذى أعد له، ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالما بوجوده.

ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التى كان المشترى يعرفها وقت البيع، أو كان يستطيع أن يتبينها بنفسه، لو أنه فحص البيع بعناية الرجل العادى، إلا إذا أثبت المشترى أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب، أو أثبت أن البائع قد تعمد أخفاء العيب غشا منه".

كما تنص المادة (٤٤٨) مدنى، على أنه: "لا يضمن البائع عيبا جرى العرف على التسامح فيه".

ويبدو من هاتين المادتين، أنه يشترط فى العيب الموجب لضمان البائع: أن يكون قديما وأن يكون مؤثرا، وأن يكون خفيا، وألا يكون فى البيوع التى لا ضمان فيها، ونبين هذه الشروط:

أولا: أن يكون العيب قديما:

والعيب القديم، هو الذى يكون موجودا فى المبيع وقت تسليمه من البائع، كإصابة الحيوان بجرثومة المرض وهو فى يد البائع، أو وجود السوس فى الخشب قبل التسليم ولم تظهر آثاره إلا بعده، فالبائع لا يضمن إلا العيب الموجود بالمبيع عند انعقاد العقد، وكذلك

العيب الذى يطرأ عليه بعد البيع وحتى حصول التسليم، أما إذا حدث العيب بعد التسليم فإنه لا يدخل فى ضمان البائع وإنما يتحمل المشترى تبعته، أو يرجع على من يكون مسئولا عن إحداثه[1].

ثانيا: أن يكون العيب مؤثرا:

ووفقا لما ورد فى نص المادة (٤٤٧) مدنى، يعتبر العيب مؤثراً إذا كان ينقص من قيمة المبيع أو نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين فى العقد أو الغرض الذى أعد له.

وبناء على ذلك، فإن البائع لا يضمن العيب إلا إذا كان مؤثراً، أى على قدر معين من الجسامة، وتقدير جسامة العيب متروك لقاضى الموضوع، يفصل فيها بحسب المعايير السابقة، وكلها معايير موضوعية لا شخصية[2]، وذلك مع مراعاة ما نصت عليه المادة (٤٤٨) مدنى، من أنه: "لايضمن البائع عيبا جرى العرف

---

(١) السنهورى – فقرة ٣٦٦، د. منصور مصطفى منصور – السابق ص ١٩٤، وبصفة خاصة بحثه فى تحديد فكرة العيب الموجب للضمان فى عقدى البيع والايجار، بمجله العلوم القانونية والاقتصادية–السنة الأولى – العدد الثانى – ص ٥٥٣ ومابعدها، د. جميل الشرقاوى – فقرة ٧٣، د. توفيق فرج – فقرة ٢٣٤، د. خميس خضر–فقرة ١٣٥، د.اسماعيل غانم – فقرة ١٧٠، د. سمير تناغو–فقرة ٧٥ د. محمد على عمران – فقرة ١٣٦، د. عبد المنعم البدراوى–فقرة ٣٣٩، د. أنور سلطان وحلال العدوى–فقرة ٣٩٤، د. عبد الرازق حسن فرج–ص ٢٧٧.

(٢) د. محمد لبيب شنب– شرح أحكام عقد البيع ١٩٦٢ – ص٢٢٣، د. أنور سلطان وحلال العدوى – فقرة ٣٩٢، د. عبد المنعم البدراوى – فقرة ٣٤٠، مجموعة الأعمال التحضيرية– جـ٣ ص١١٠.

على التسامح فيه"، وأساس ذلك أن جريان العرف على التسامح فى العيب، دليل على أن النقص فيه يسير، أو غير مؤثر، كاحتواء القمح على قليل من الأتربة، أو وجود بعض المواد الغريبة فى السمسم، بنسبة لا تزيد عن النسبة المتفق عليها بين المتعاقدين[1].

ثالثا: أن يكون العيب خفيا:

والعيب الخفى؛ هو الذى لا يعرف بمشاهدة ظاهر المبيع، أو لا يتبينه الشخص العادى، أو لا يكشفه غير خبير، أو لا يظهر إلا بالتجربة، ومن ثم يعتبر العيب خفيا، إذا لم يكن باستطاعة المشترى أن يتبينه وقت البيع، إذا فحص المبيع بعناية الرجل العادى، والمعيار الذى يتبينه المشرع معيار شخصى لا موضوعى، فلا يعتد بقدرة المشترى نفسه، بل بقدرة الرجل العادى، ولو كان المبيع من الأشياء التى يقتضى فحصها خبرة خاصة، فيجب على المشترى أن يلجأ إلى أهل الخبرة للاستعانة بهم، فلو كان المبيع منزلاً، وجب أن يستعين المشترى بمهندس معمارى، وإذا كان المبيع آلة بخارية، فإن الخبرة المطلوبة فى هذه الحالة هى خبرة من له إلمام بالآلات البخارية وهكذا، وبالنسبة لهذه الاشياء التى يقتضى فحصها الالتجاء إلى أهل الخبرة، ولا يعتبر العيب خفيا إلا إذا كان الرجل العادى لا

---

(1) د. منصور مصطفى منصور – فقرة ٨٩.

يستطيع أن يتبينه، ولو قعد المشترى عن الاستعانة بأهل الخبرة مكتفيا بالفحص الشخصى مع نقص خبرته فلم يكتشف ما فى المبيع من عيب، فلا يكون له أن يرجع على البائع بضمان هذا العيب[1].

ويضمن البائع العيب الخفى، سواء كان يعلم به أو لا يعلم، كما يضمن العيب الخفى الموجود وقت البيع، ومع ذلك فإن البائع يلتزم بضمان العيب ولو كان من العيوب الظاهرة فى حالتين نصت عليهما المادة (١/٤٤٧) مدنى، وهما:

(١) إذا أكد البائع للمشترى خلو المبيع من العيب:

حيث يعتمد المشترى على ذلك ولا يقوم بفحص المبيع، ولذلك يظل البائع ملتزما بالضمان بالرغم من ظهور العيب.

(٢) أو إذا أثبت المشترى أن البائع قد تعمد إخفاء العيب غشا منه، مثل أن يتعمد بائع السيارة إخفاء كسر بموتورها، وهذين الاستثناءين لا يردان إلا فى حالة ما إذا كان العيب ظاهرا، وبشرط

---

[1] الوسيط للسنهورى – فقرة ٣٦٧، د. جميل الشرقاوى – فقرة ٧٢، د. عبد المنعم البدراوى – فقرة ٣٣٦، د. أنور سلطان وجلال العدوى- فقرة ٣٩٣، د. منصور مصطفى منصور – فقرة ٨٩، د. اسماعيل غانم – فقرة ١٧١، د. عبد الرازق حسن فرج – ص ٢٧٥، وحكم محكمة النقض المدنى بتاريخ ١٩٦٢/٦/١٤ – المجموعة – س١٣ ص ٨٠٨.

ألا يكون المشترى قد علم به، فليس هناك ما يدعو لإعمال هذين الاستثناءين، إذ الشراء مع العلم يعتبر قبولا للمبيع[1].

رابعا: أن يكون العيب فى بيع لا ضمان فيه:

وهناك بيوع لا ضمان فيها نصت عليها المادة (٤٥٤) مدنى، فقالت: "لا ضمان فى البيوع القضائية، ولا فى البيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد"، وحكمة هذا النص أن البيع الذى يتم بالمزاد سواء بواسطة القضاء أو جهة الإدارة، قد أعلن عنه واتيحت الفرصة للمزايدين أن يفحصوا الشيىء قبل الإقدام على المزايدة، فيحسن بعد أن اتخذت هذه الاجراءات ألا يفسخ البيع لسبب يمكن توقيه[2].

ويقصد بالبيوع القضائية، البيوع التى تتم تحت إشراف القضاء، كبيع أموال المدين جبرا لسداد ديونه، وبيع أموال المفلس، والبيوع الإدارية هى التى تتم عن طريق جهة الإدارة، وجميع البيوع القضائية تتم بالمزاد العلنى، أما البيوع الإدارية فقد تتم بالمزاد العلنى، أو بطريقة غير علنية فى مظاريف مغلقة، وأيا كانت الطريقة فى البيع الذى يتم بالمزاد عن طريق جهة الإدارة، فإنه يمتنع على المشترى الرجوع على جهة الإدارة بضمان العيب

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية – جـ٤ ص١١١، د. عبد الرازق حسن فرج – ص ٢٧٦ ومابعدها، د. خميس خضر – فقرة ١٥٢.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية – جـ٤ ص ١٢٩.

الخفى، وذلك لإطلاق النص، فقد ذكر البيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد، ولم يقيد المزاد بقيد فيشمل المزاد العلنى، وغير العلنى، وفيما عدا البيوع القضائية والبيوع الإدارية التى تحصل بالمزاد، يقوم ضمان العيب الخفى، فى أى بيع آخر، يستوى فى ذلك أن يكون مسجلا أم غير مسجل، وكون المبيع عقارا أو منقولا ماديا أو غير مادى[1].

الفرع الثانى

أحكام ضمان العيوب الخفية

تشمل أحكام ضمان العيوب الخفية، التزام المشترى بالمبادرة بفحص المبيع وإخطار البائع بالعيب، وبيان حقوق المشترى فى دعوى الضمان، وأثر هلاك المبيع فى الرجوع بالضمان، وسقوط دعوى ضمان العيب، ونتناول هذه المسائل بالتفصيل المناسب على النحو التالى:

أولاً: واجب المشترى فى المبادرة بفحص المبيع واخطار البائع بالعيب:

تنص المادة (٤٤٩) مدنى، على أنه: "١- إذا تسلم المشترى المبيع وجب عليه التحقق من حالته بمجرد أن يتمكن من ذلك، وفقا للمألوف فى التعامل، فإذا كشف عيبا يضمنه البائع وجب عليه أن

---

(١) السنهورى – فقرة ٣٧٢.

يخطره به خلال مده معقولة فإذا لم يفعل اعتبر قابلا للمبيع. ٢- وأما إذا كان العيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ثم كشفه المشترى وجب عليه ن يخطره به البائع بمجرد ظهوره، وإلا اعتبر قابلا للمبيع بما فيه من عيب".

ويفيد هذا النص أنه: يجب على المشترى أن يبادر إلى التحقق من حالة المبيع متى تسلمه، وبمجرد أن يتمكن من ذلك وفقا للمألوف فى التعامل، فإذا ما بدا له عيب يوجب الضمان -وفقا للشروط السابق ذكرها- وجب عليه أن يبادر إلى إخطار البائع به خلال مدة معينة، وتحديد تلك المدة المعينة مسألة موضوعية يقدرها قاضى الموضوع فى ضوء ظروف كل حالة، فإذا لم يفعل ذلك اعتبر قابلا للمبيع ولا يكون له أن يرجع على البائع بالضمان، والمراد بالتسليم هنا، هو التسليم الفعلى، وليس الحكمى[١]، أى حيازة الشيىء، والاستيلاء عليه مادياً[٢].

ولم يحدد القانون شكلا معينا للاخطار، فيجوز أن يكون بانذار على يد محضر، وبخطاب مسجل، أو بخطاب عادى، ويجوز أن يكون شفويا بشرط إمكان إثباته، وعبء الإثبات يقع على عاتق

---

(١) الوسيط - فقرة ٣٧٣، د. منصور مصطفى منصور - فقرة ٩١.

(٢) د. عبد الفتاح عبد الباقى - فقرة ١٦٩، د. منصور - السابق، د. عبد الرازق حسن فرج - ص ٢٨٢.

المشترى، ويجوز له إثباته بكافة طرق الإثبات بما فى ذلك البينة والقرائن[1].

ثانيا: الحقوق المقررة للمشترى فى دعوى الضمان:

وإذا أخطر المشترى البائع بالعيب فى الوقت الملائم، كان له أن يرجع بالضمان على النحو الموضح بالمادة (٤٤٤) مدنى. ذلك ما نصت عليه المادة (٤٥٠) مدنى، وبهذا يكون المشرع قد أحال بالنسبة لأحكام ضمان العيوب الخفية على المادة (٤٤٤) مدنى، الخاصة بالاستحقاق الجزئى على نحو ما سبق.

وهذه المادة تفرق بين جسامة العيب وعدم جسامته، والخسارة الجسيمة؛ هى التى بلغت قدرا لو علمه المشترى لما أتم العقد، وحالتئذ يكون له الحكم بتعويض الاستحقاق الكلى بشرط أن يرد المبيع وما استفاده منه، أو أن يستبقى المبيع مع المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب.

وإذا كان العيب غير جسيم، فليس للمشترى أن يطلب الفسخ ولكن يكون له المطالبة بالتعويض العينى المتمثل فى قيام البائع

---

(1) السنهورى – السابق، د. محمد لبيب شنب – فقرة ١٨٢، د. محمد السعيد رشدى – ص ١٧٦، ومجموعة الأعمال التحضيرية – جـ٤ ص ١١٦، د. عبد الرازق حسن فرج – ص ٢٨٣ ومابعدها.

بإصلاح العيب إن قبل ذلك، أو الحكم بالتعويض النقدى، والخيار فى كلا الأمرين، أمر متروك لتقدير المحكمة[1].

ثالثا: هلاك المبيع وأثره على الرجوع بالضمان:

وإذا ظهر فى المبيع عيب، نشأ بمقتضاه حق للمشترى فى الرجوع بضمان العيب على البائع، فإن هلك المبيع بعد ذلك، فإن هلاكه لا يؤدى إلى سقوط حق المشترى فى مطالبة البائع بالضمان مهما كان سبب الهلاك، يستوى أن يكون الهلاك بسبب العيب ذاته، أو بسبب أجنبى، أو بفعل المشترى، ولكن حقوق المشترى ستختلف بالطبع باختلاف سبب الهلاك.

وبداية فقد نصت على ذلك المادة (٤٥١) مدنى، بقولها: "تبقى دعوى الضمان، ولو هلك المبيع بأى سبب كان".

فإذا كان الهلاك بسبب العيب نفسه:

كتهدم منزل واه، أو موت حيوان مريض، هنا يكون للمشترى أن يرجع على البائع بالتعويض الكامل دون أن يرد له شيئا إذا كان

---

(1) يقرر الأستاذ الدكتور السنهورى -رحمه الله-، أن التعويض يجوز أن يكون بقيام البائع باصلاح العين إن كان العيب يقبل الإصلاح أو أن يقوم المشترى باصلاحه على نفقة البائع، السابق- فقرة ٣٧٤، وراجع: د. اسماعيل غانم - فقرة ١٧٧، د. جميل الشرقاوى-فقرة ٧٥، د. عبد الفتاح عبد الباقى - فقرة ١٧٠، د. عبد الرازق حسن فرج-ص ٢٨٧.

الهلاك بسبب العيب كليا، أما إذا كان الهلاك جزئيا كان على المشترى أن يرد ما بقى من المبيع.

وإذا كان الهلاك بسبب أجنبى أو بفعل المشترى:

وحالتئذ تبقى أيضا دعوى الضمان، ولكن المشترى يرجع على البائع بما كان يستطيع أن يرجع به على فرض استبقائه المبيع، والمفروض أنه لا يستطيع أن يرده إليه معيبا، وهنا تقدر أضرار المشترى بسبب العيب، على فرض وجود المبيع، ويقتصر التزام البائع على تعويض تلك الأضرار[1].

رابعا: سقوط دعوى ضمان العيب:

تنص المادة (١/٤٥٢) مدنى، على أنه: "تسقط بالتقادم دعوى الضمان إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع، ولو لم يكشف المشترى العيب إلا بعد ذلك، ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان لمدة أطول".

---

[1] د. جميل الشرقاوى – فقرة ٧٥، د. اسماعيل غانم – فقرة ١٧٨، د. خميس خضر – فقرة ١٥٧، د. عبد المنعم البدراوى – فقرة ٣٥٤، د. عبد الرازق حسن فرج– ص٢٩٠، د. منصور مصطفى منصور – فقرة ٣٩، د. عبد الفتاح عبد الباقى – فقرة ١٧٢، الوسيط للسنهورى – فقرة ٢٧٥، د. محمد السعيد رشدى – ص ١٧٨.

ويبدو من هذا النص:

أن المدة التى تسقط بها دعوى ضمان العيب الخفى، هى سنة من تاريخ تسليم المبيع، ومدة السنة هذه قصيرة نسبيا، ولكن القصد من هذا التقصير العمل على استقرار الصفقة، ومن ثم استقرار التعامل[1].

والعبرة بالتسليم الذى يعتبر تمامه بدءا للتقادم هو التسليم الفعلى وليس لحكمى، لأن الأول هو الذى يهيىء الفرصة للمشترى لفحص المبيع على النحو الذى يتمكن معه من كشف العيب[2] ويجوز للبائع والمشترى أن يتفقا على مدة أطول من مدة السنة للضمان مادة، (١/٤٥٢) مدنى.

أما الاتفاق على مدة أقصر من مدة السنة للضمان، فالراجح فى الفقه أنه لا يجوز[3]، لأن الاتفاق على إطالة المدة استثناء يجب ألا يتوسع فيه.

---

(١) وذلك حتى لا يبقى البائع مهددا بدعوى ضمان العيب مدة طويلة راجع: مجموعة الأعمال التحضيرية – جـ٤ ص ١٢٤.

(٢) د. أنور سلطان وجلال العدوى – فقرة ٤٠٦، د. خميس خضر–فقرة ١٥٨، د. منصور مصطفى منصور – ص ٢٠٩، السنهورى – فقرة ٣٨٧، د. عبد المنعم البدراوى–فقرة ٣٥١، د. جميل الشرقاوى – فقرة ٧٦، د. اسماعيل غانم – فقرة ١٧٦، د. عبد الرازق حسن فرج – ص ٢٨٥، د. محمد السعيد رشدى – ص ١٨٠.

(٣) راجع: السنهورى – فقرة ٣٧٧، د. اسماعيل غانم – فقرة ١٧٦، وقارن: د. عبد المنعم البدراوى – فقرة ٣٥٧، د. منصور مصطفى منصور – فقرة ٩٥، د. جميل الشرقاوى ص ٢٢٧، د. خميس خضر–فقرة ١٤٣، د. عبد الرازق حسن فرج – ص ٢٨٥، حيث يرى هذا الجانب من الفقه جواز الاتفاق على تقصير المدة من قبيل تخفيف الضمان.

ويراعى أنه لا يجوز للبائع أن يتمسك بسقوط دعوى المشترى بمضى سنة من وقت التسليم، إذا كان قد تعمد إخفاء العيب غشا منه مادة (٢/٤٥٢) مدنى، وفى هذه الحالة تكون مدة التقادم خمس عشرة سنة من وقت اكتشاف العيب، لا من وقت التسليم إعمالا للقواعد العامة، أى بمضى خمس عشرة سنة، من تاريخ الوقت الذى كان يستطيع فيه المشترى رفع الدعوى، وهو الوقت الذى علم فيه بالعيب الذى أخفاه البائع غشا، وبناء على ذلك فإن مدة التقادم يمكن أن تطول فى حالتين:

الأولى: حالة تعديل الضمان بالاتفاق على الزيادة.

الثانية: حالة تعمد البائع إخفاء العيب غشا منه[1].

الفرع الثالث

الاتفاق على تعديل أحكام ضمان العيوب

تقضى المادة (٤٥٣) مدنى، على أنه: "يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا فى الضمان أو ينقصا منه، أو يسقطا هذا الضمان على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب فى المبيع غشا منه".

---

(١) د. خميس خضر – فقرة ١٥٨، د. جميل الشرقاوى – ص٢٢٥، مجموعة الأعمال التحضيرية – جـ٤ ص ١٢٤.

وقد أجاز المشرع للمتعاقدين بهذا النص أن يتفقا على تعديل أحكام الضمان إما بالزيادة، أو بالنقص أو بالإسقاط.

معنى زيادة الضمان:

والمراد بزيادة الضمان؛ تشديده على البائع بأن يشترط عليه ضمان كل العيوب، حتى ما كان منها ظاهرا، أو أن يضمن البائع العيب أيا كانت درجة جسامته، حتى ولو كان العيب مما يجرى العرف على التسامح فيه(1).

ومعنى نقصان الضمان:

تخفيفه على البائع بأن يتفق الطرفان على ألا يضمن البائع العيب إلا إذا كان على درجة جسامة معينة، أو أن يعفى من ضمان عيب معين، كعدم ثبات طول القماش بعد غسيله، أو عدم ثبات لونه مع استعماله، أو أن يتفق علىأن يقتصر حق المشترى على التعويض مع الاحتفاظ بالمبيع، ولو كان العيب جسيما(2).

والمراد بإسقاط الضمان:

إعفاء البائع منه إعفاءً تاماً وذلك بالنص على أن البائع لا يضمن فى المبيع أى عيب للمشترى، وفى هذه الحالة لا يجوز للمشترى أن يرجع على البائع بأى شيىء(3).

---

(1) د. جميل الشرقاوى – فقرة ٧٦، د. عبد المنعم البدراوى – فقرة ٣٥٦.

(2) د. عبد الرازق حسن فرج – ص ٢٩١.

(3) المرجع السابق – وراجع: مجموعة الأعمال التحضيرية–جـ٤ ص ١٢٤.

شروط صحة الاتفاق على نقصان أو إسقاط الضمان:

ويشترط لصحة الاتفاق على إسقاط أو نقصان الضمان، ألا يكون البائع قد تعمد إخفاء العيب فى المبيع غشا منه، فلو كان البائع قد تعمد ذلك فإن الاتفاق يكون باطلاً، فيظل ضامنا للعيب ولا يكفى مجرد علم البائع لوجود عيب معين فى المبيع، ما دام أنه لم يتعمد إخفاءه عن المشترى.

ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة:

وإذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة، ثم ظهر خلل فى المبيع، فعلى المشترى أن يخطر البائع بهذا الخلل فى مدة شهر من تاريخ ظهوره، وأن يرفع الدعوى فى مدة ستة أشهر من هذا الاخطار، والا سقط حقه فى الضمان، هذا ما لم يتفق على غير ذلك مادة (٤٥٥) مدنى.

وهذا الحكم يعتبر صورة من صور تعديل أحكام الضمان، وهو كثير الوقوع فى الحياة العملية، وخاصة فى بيع الآلات الدقيقة كالراديو والساعات والسيارات وآلات التصوير، وغيرها.

وقد يتفق على زيادة مدة الضمان بخمس سنوات مثلا أو على نقصانها لمدة ستة أشهر.

أحكام هذا الضمان:

ويترتب على هذا النوع من الضمان أمران:

أولهما: عند ظهور خلل بالمبيع، يتعين على المشترى أن يخطر البائع خلال شهر من تاريخ ظهوره، وإلا سقط حقه فى الضمان، وليس لهذا الاخطار شكل معين، والمدة هنا محددة، وليست هى المدة المعقولة كما فى حالة ضمان العيوب الخفية.

ثانيهما: كما يتعين على المشترى أن يرفع دعوى الضمان على البائع، خلال ستة أشهر من تاريخ الاخطار، أما المدة فى ضمان العيوب الخفية، فهى سنة من تاريخ التسليم، فإذا لم يراع المشترى هذين الأمرين، سقط حقه فى الضمان، وهذه المدة، مدة سقوط، وليست مدة تقادم، كما يجوز الاتفاق على زيادتها أو نقصانها لأنها ليست متعلقة بالنظام العام[1].

(1) السنهورى – فقرة ٣٨٠، د. عبد الرازق حسن فرج – ص ٢٩٢ ومابعدها، د. سمير تناغو – فقرة ٧٨.

الفصل الثانى

التزامات المشترى فى عقد البيع

يقع على عاتق المشترى فـى عقـد البيـع ثلاثـة التزامـات هـى: الالتزام بدفع الثمن، والالتزام بمصاريف عقد البيع، والالتزام بتسليم المبيع، ونبين هذه الالتزامات الثلاثة فى ثلاثة مباحث:

المبحث الأول

التزام المشترى بدفع الثمن

ويقع على عـاتق المشـترى الالـتزام بدفـع الثمـن، وهـو الـتزام يقابل فى أهميته التزام البائع بنقل الملكية إلى المشترى.

والثمن يعينه المتعاقدان، وقد يحـدد فـى العقـد، وقـد يحـدد بعـد ذلك تبعا لأسس التقديـر التـى يتـم الاتفـاق عليهـا، وعلـى المشـترى نفقات دفع الثمن، كمصاريف إرساله إلى البائع فى مكان الوفـاء بـه مادة (٣٨٤) مدنى، كما يلحق بـه الفوائـد القانونيـة، مـادة (٤٥٨/١) مدنى، مع مراعاة أن الفوائد الربوية حرام فـى الشـريعة الإسـلامية ويستحق البائع فوائد قانونية على الثمن فى حالتين:

الأولـى: إذا كـان الثمـن مستحق الأداء، وقـام البـائع بـاعذار المشترى للوفاء به، فإنه يستحق من وقت هذا الإعـذار علـى الثمـن فوائد لمصلحة البائع، وهذا مخـالف للقواعـد القانونيـة التـى تقضـى

باستحقاق الفوائد من وقت المطالبة القضائية[1].

الثانية: أن يكون البائع قد قام بتسليم المبيع للمشترى، وأن يكون الشيىء الذى ورد عليه البيع قابلا لأن ينتج ثمرا، أو يغل أى إيراد آخر، ويلزم أن يكون الثمن مستحقا، كما هو الحال فى الحالة الأولى حتى تحتسب فوائد عليه من وقت تسليم المبيع القابل لانتاج الثمار، وعلة إلزام المشترى بالفوائد القانونية من هذا الوقت يتمثل فى الرغبة فى تجنب جمع المشترى بين فائدة المبيع من الايرادات والثمار، وفائدة الثمن[2]، مع العلم بأن الفوائد على الديون تعتبر رباً محرماً في الشريعة الإسلامية، كما سبق ذكر ذلك مراراً.

مكان الوفاء بالثمن:

تقضى المادة (٤٥٦) مدنى، بأنه: "١- يكون الثمن مستحق الوفاء فى المكان الذى سلم فيه المبيع، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك ٢- فإذا لم يكن الثمن مستحقا وقت تسليم المبيع وجب الوفاء به فى المكان الذى يوجد فيه موطن المشترى وقت استحقاق الثمن".

---

(١) د. جميل الشرقاوى – ص ٢٣٧ – هامش(١)، د. اسماعيل تناغو – فقرة ١٨٨، د. عبد المنعم البدراوى – فقرة ٣٥٦، د. عبد الرازق حسن فرج – ص ٢٩٦.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية – جـ٤ ص ١٤٠.

وهذا النص يفرق بين حالتين:

الأولى: حالة استحقاق دفع الثمن وقت تسليم المبيع:

وفى هذه الحالة يكون الثمن مستحق الوفاء فى المكان الذى سلم فيه المبيع، وهذا مخالف للقاعدة العامة التى توجب الوفاء بالثمن فى موطن المدين، وقت الوفاء، أو المكان الذى يوجد فيه مركز أعمال المدين، إذا كان الالتزام متعلقا بهذه الأعمال، مادة (٢/٣٤٧) مدنى، وذلك إذا كان محل الالتزام شيئا غير معين بالذات، حتى ينفذ العقد جملة واحدة فيدفع الثمن وقت تسليم المبيع[١].

الثانية: حالة عدم استحقاق دفع الثمن وقت تسلم المبيع:

وقد يتفق على دفع الثمن قبل تسليم المبيع أو بعد تسليمه، وفى هذه الحالة لا يرتبط الوفاء بالتسليم، ويجب العودة الى القاعدة العامة التى تقضى بأن الوفاء بالثمن يكون فى موطن المدين به، وهو المشترى وقت الوفاء، أو فى مركز أعماله، إذا كان الالتزام متعلقا بهذه الأعمال، مادة (٢/٣٤٧) مدنى.

---

(١) المرجع السابق – ص ١٣٦.

زمان الوفاء بالثمن:

ويتحدد زمن الوفاء بالثمن وفقا لما تقضى به المادة (١/٤٥٧) مدنى، حين قالت: "يكون الثمن مستحق الوفاء فى الوقت الذى يسلم فيه المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك".

ويستفاد من هذا النص أنه إذا لم يوجد اتفاق أو عرف بشأن وقت التسليم، أو وقت دفع الثمن، كان كل من الالتزامين مستحق الأداء فورا بمجرد تمام العقد[١].

حق المشترى فى حبس الثمن:

وقد نصت المادة (٢/٤٥٧) مدنى، على أنه: "إذا تعرض أحد للمشترى مستندا إلى حق سابق على البيع، أو آيل من البائع، أو إذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشترى جاز له -ما لم يمنعه شرط فى العقد- أن يحبس الثمن حتى ينقطع التعرض أو يزول الخطر، ومع ذلك يجوز للبائع فى هذه الحالة، استيفاء الثمن على أن يقدم كفيلاً"، كما نصت الفقرة الثالثة من تلك المادة، على أنه: "يسرى حكم الفقرة الثالثة إذا كشف المشترى عيبا فى المبيع".

وهاتان الفقرتان تدلان على أن للمشترى حق حبس الثمن فى حالات ثلاث؛ هى:

---

(١) د. جميل الشرقاوى – فقرة ٨٠، د. عبد الفتاح عبد الباقى – فقرة ٢٧٨، د. عبد الرازق حسن فرج – ص ٣٠١.

أولاً: حالة ما إذا تعرض له الغير مستندا فى تعرضه إلى حق سابق على البيع، أو آيل من البائع لأن من الواجب على البائع أن يدفع عن المشترى التعرض والاستحقاق، وإلا كان مخلا بالتزامه فيعطى المشترى حق حبس الثمن حتى يوفى بهذا الالتزام.

ثانياً: إذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشترى، ويكفى هنا مجرد الخوف أو الخشية، ولو لم يحصل التعرض بالفعل، ويجب أن تكون الخشية من نزع المبيع مبنية على أسباب جدية[1]، مثل أن يكون المبيع مثقلا بحق عينى تبعى، أو ظهر أن ملكية البائع معلقة على شرط فاسخ.

ثالثاً: إذا كشف المشترى عيبا فى المبيع، وعلة ذلك أن البائع ملتزم بضمان العيوب، فيجوز للمشترى حبس الثمن حتى يوفى البائع بالتزامه، ولكن يشترط أن يكون العيب مما يضمنه البائع[2].

سقوط حق المشترى فى حبس الثمن:

كما حددت المادة السابقة، حالات سقوط حق المشترى فى حبس الثمن، ويتمثل فى وجود الاتفاق على ذلك، أو إذا قدم البائع للمشترى كفيلا يضمن له حقوقه فيما يتعلق بالتزام البائع لو استحق

---

(١) نقض مدنى فى ١٩٥٧/٤/٤ - المجموعة س٨ رقم ٣٤ - ص ٣٥٣.

(٢) د. اسماعيل غانم - فقرة ١٩٣، د. عبد الفتاح عبد الباقى - فقرة ٢٧١، د. عبد الرازق حسن فرج - ص ٣٠٣.

المبيع، كما يسقط حق المشترى فى حبس الثمن إذا انقطع التعـرض أو زال خطر الاستحقاق، أو أزال البائع آثار العيب باصلاحه[١].

جزاء إخلال المشترى بالتزامه بالوفاء بالثمن:

وإذا أخل المشـترى بالتزامـه بالوفـاء بـالثمن، يجـوز للبـائع أن يجبره على الوفاء به، وذلك بحبس المبيع إذا لم يكـن قد سلمه لـه، وقد قرر القانون له أولوية فى استيفاء الثمن من المبيع علـى دائنـى المشترى الآخرين، من خـلال الامتيـاز المقـرر للبـائع علـى المبيـع عقارا كان أو منقولا مادة (١١٤٥، ١١٤٧) مدنى، كما أن للبائع أن يطلب فسخ البيع، إذا لم يقم المشـترى بدفـع الثمـن، مـادة (٢/١٥٧) مدنى، وهذا الفسخ يقع بقوة القانون دون حاجة إلى حكم من القضـاء لتقريره ودون حاجة إلى إعذار المشترى، وذلـك بالمخالفـة للقواعـد العامـة، مراعـاة لأن عـروض التجـارة كثـيرا مـا تتقلـب أسـعارها، وغالبا ما تتلف بسرعة فلا تتحمل طول الاجراءات، ويقع الفسخ فى بيع المنقول طبقا للمادة (٤٦١) مدنى[٢]، إذا توافرت ثلاثة شروط:

(١) أن يكون المبيع منقولا كالسلع والبضائع وغيرها.

---

(١) د. خميس خضر – فقرة ١٧٤، د. عبد الرازق حسن فرج – ص٣٠٤.

(٢) التى تنص على أنه: "فى بيع العروض وغيرها من المنقولات، إذا اتفق على ميعـاد لدفـع الثمن وتسلم المبيع، يكون البيع مفسوخا دون حاجة إلى إعذاره إن لم يدفـع الثمـن عنـد حلول الميعاد إذا اختار البائع ذلك، وهذا ما لم يوجد اتفاق على غيره".

(٢) أن يكون هناك اتفاق على ميعاد واحد لدفع الثمن وتسلم المبيع، ويتحدد الميعاد بالاتفاق، أو العرف، ولو اختلف ميعاد التسليم عن ميعاد دفع الثمن لا يسرى هذا الحكم، ويرجع للقواعد العامة[١].

(٣) وأن يخل المشترى بالتزامه بدفع الثمن فى موعده، وليس تمسكا بحقه فى الحبس بسبب عدم تسليم البائع للمبيع.

والحق فى الفسخ مقرر لمصلحة البائع وحده، فله أن يتغاضى عن وقوعه، ويطلب إلى المشترى الوفاء بالثمن بعد الموعد المحدد إن وجد مصلحته فى ذلك، ولا يجوز للمشترى أن يتمسك باعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه، لأنه هو المقصر، فلا يجوز أن يستفيد من تقصيره، كما أن هذا الحكم ليس آمراً فيجوز الاتفاق على خلافه.

المبحث الثانى

التزام المشترى بالمصروفات

نصت المادة (٤٦٢) مدنى، على أن: "نفقات عقد البيع ورسوم الدمغة والتسجيل وغير ذلك من المصروفات تكون على المشترى ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك".

---

(١) السنهورى – فقرة ٤١٦، د. منصور مصطفى منصور – فقرة ١٠٢، د. عبد الفتاح عبد الباقى – فقرة ٢٨٤، د. عبد الرازق حسن فرج – ص ٣٠٧.

وهذا النص يعتبر تقنينا لما يجرى عليه العمل من تحمل المشترى لمصاريف إعداد العقد وأتعاب المحامى، والكاتب العمومى ورسوم التصديق على التوقيعات، ورسوم التسجيل وغيرها مما يتصل بتحرير العقد وتسجيله من المصروفات، وغالبا ما تدفع مصلحة المشترى صاحبها للقيام بتلك الاجراءات حتى تتم بالسرعة التى يتوخاها، وقد يقضى العرف باقتسام تلك المصروفات بين البائع والمشترى، ومن ثم إذا دفع البائع ما يخص المشترى من هذه القسمة يكون له أن يرجع عليه[1]، وتكاليف المبيع تقع على عاتق المشترى من وقت البيع، كما أن له الحق فى ثماره من هذا الوقت عملا بقاعدة الغرم بالغنم[2].

المبحث الثالث

التزام المشترى بتسلم المبيع

رأينا أن من التزامات البائع أن يقوم بتسليم المبيع للمشترى، وهو يكون بوضع الشيىء المبيع تحت تصرفه، وهذا الالتزام يقابله التزام المشترى بتسلم المبيع، وهو يتحقق بأن يقوم المشترى بحيازة المبيع والاستيلاء عليه.

---

(1) د. محمد السعيد رشدى – ص ١٩٤.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية – جـ٤ ص ١٤٠، د. منصور مصطفى منصور – فقرة ١٠٣، د. سمير تناغو – فقرة ٨٦، د. عبد المنعم البدراوى – فقرة ٣٨٠.

ووفقا لما تقضى به المادة (٤٦٣) مدنى، فإنه إذا كان الشيىء المبيع منقولا موجودا بموطن البائع ولم يوجد اتفاق أو عرف معين يبين مكان التسليم، فإنه يجب على المشترى أن يتسلم الشيىء المبيع فى موطن البائع، وإذا لم يتقدم لاستلامه كان مخلا بالتزامه.

وزمان التسلم هو زمان التسليم، إلا إذا وجد اتفاق خاص على غير ذلك[1].

ونفقات تسلم المبيع على المشترى، ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضى بغير ذلك، مادة (٤٦٤) مدنى، وعلى ذلك: فإن المشترى يتحمل نفقات نقل المبيع من المكان الذى يجب أن يتم فيه التسليم والتسلم إلى المكان الذى يقصده[2].

وإذا أخل المشترى بالتزامه بتسلم المبيع، كان للبائع أن يطالبه بتنفيذ التزامه عينا، أو المطالبة بالفسخ.

ويجوز للبائع بعد إعذار المشترى بالتسلم، أن يحصل على إذن من القاضى بايداع المبيع على ذمة المشترى ونفقته، فى مكان آخر إن كان منقولا، أو أن يطلب وضعه تحت الحراسة إن كان عقاراً، مادة (٣٣٦) مدنى، وإذا كان المبيع مما يتسارع إليه التلف أو

---

(١) السنهورى – فقرة ٤٣٢، د. سمير تناغو – فقرة ٨٨، د. اسماعيل غانم – فقرة ٢٠٠، د. عبد المنعم البدراوى – فقرة ٣٨٣، د. منصور مصطفى منصور – فقرة ١٠٨، د.جميل الشرقاوى – فقرة ٨٤، د. عبد الرازق حسن فرج – ص ٣١٢.

(٢) السنهورى – فقرة ٤٢٤، د. عبد المنعم البدراوى – فقرة ٣٨٤، د. عبد الرازق حسن فرج – ص ٣١٢.

يقتضى نفقات مرتفعة فى ايداعه أو حراسته، جاز للبائع أن يقوم ببيعه فى المزاد العلنى بعد أن يستأذن القاضى، ويودع الثمن خزانة المحكمة، ويجوز للبائع طلب فسخ البيع، مع حقه فى المطالبة بتعويض عما يصيبه من ضرر، نتيجة لعدم تنفيذ المشترى لالتزامه بتسلم المبيع[1]، وبعد اعذار المشترى لتسلم المبيع، إذا لم يقم بتسلمه وهلك، فإن تبعه الهلاك تقع عليه[2].

---

(1) د. عبد المنعم البدراوى – السابق – ص ٥٧١، د. منصور مصطفى منصور – السابق – ص ٢٣٦، د. جميل الشرقاوى – فقرة ٨٥، د. عبد الرازق حسن فرج – ص ٣١٣.

(2) د. عبد الرازق حسن فرج – المكان السابق.

فهرس المحتويات

الموضوع	الصفحة
٥- ألا يكون البيع قد تم بالمزاد العلنى.	٩٤
دعوى تكملة الثمن	٩٥
بعض الصور الخاصة بالتراضى فى عقد البيع.	٩٨
الوعد بالبيع أو بالشراء	٩٨
صور الوعد بالبيع.	٩٩
أولاً: الوعد بالبيع من جانب واحد	٩٩
اثر الوعد بالبيع	١٠١
الوعد بالتفضيل	١٠٢
ثانياً: الوعد بالشراء من جانب واحد	١٠٣
ثالثاً: الوعد المتبادل بالبيع والشراء	١٠٤
البيع الابتدائى والوعد	١٠٥
البيوع الموصوفة	١٠٦
البيع بشرط التجربة	١٠٦
طبيعة البيع بشرط التجربة	١٠٧
حكم البيع بشرط التجربة	١٠٨
بيع المذاق	١١٠
التفرقة بين بيع المذاق وبيع التجربة	١١١
حكم بيع المذاق	١١٣
البيع بالعينة أو الأنموذج	١١٤

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

﴿ وقل ربي زدني علماً ﴾

رقم الإيداع ٩٩/٣٩٩٨
الترقيم الدولى .I. S. B. N
977-04-2579-6